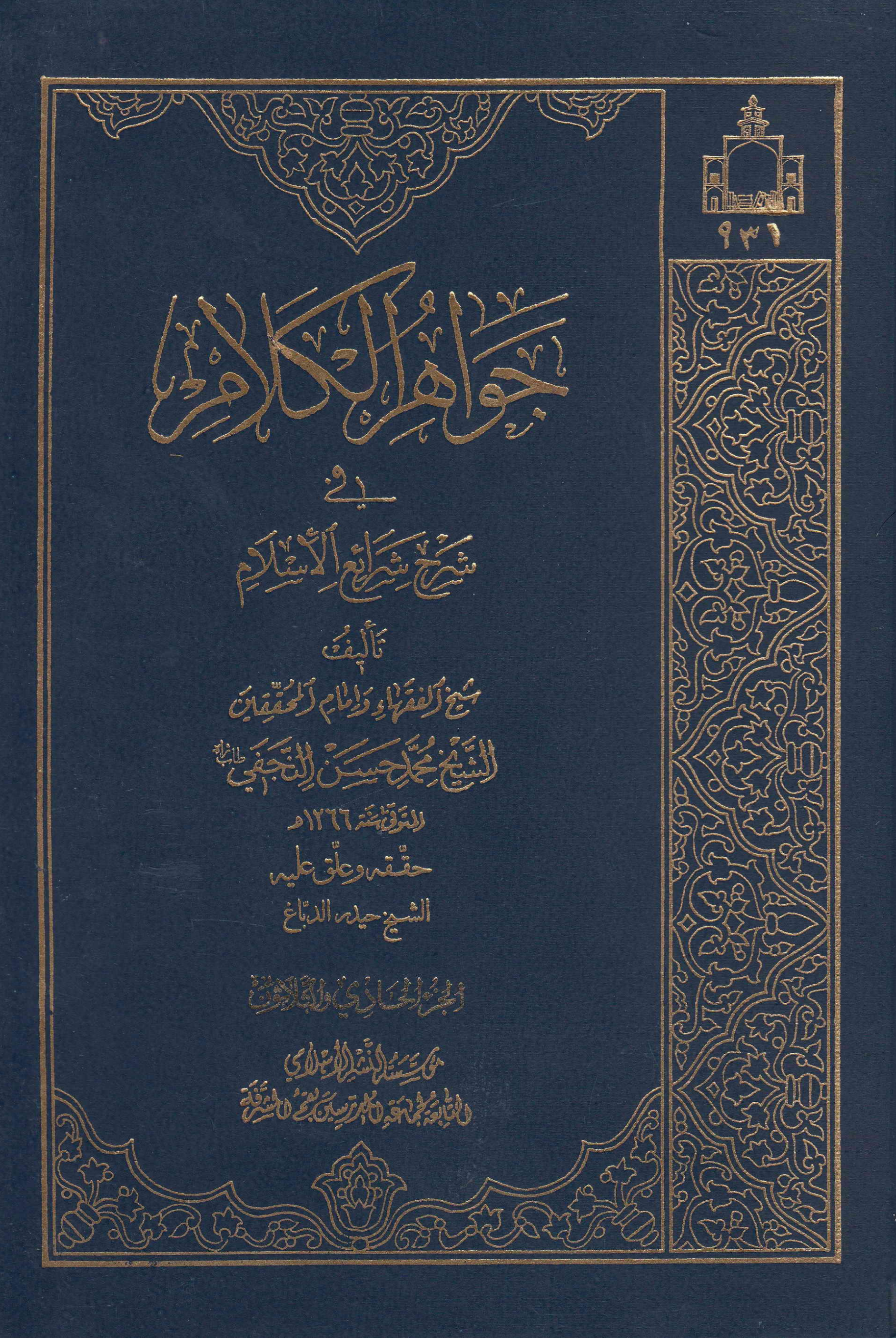
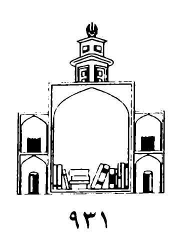


٩٣١
جواهر الكلام
في
شرح شرائع الإسلام
تأليف
شيخ الفقهاء وإمام المحققين
الشيخ محمد حسن النجفي طاب ثراه
المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ
حققه وعلق عليه
الشيخ حيدر الدباغ
الجزء الحادي والثلاثون
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٩٣١

جواهر الكلام

في

شرح شرائع الإسلام

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين

الشيخ محمد حسن النجفي رحمه الله

المتوفى سنة ١٢٦٦ هـ

حققه وعلق عليه

الشيخ حيدر الدباغ

الجزء الحادي والثلاثون

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

سرشناسه: صاحب جواهر، محمّد حسن بن باقر، ۱۲۰۰؟ ـ ۱۲۶۶ ق. شارح.
عنوان قراردادی: شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
عنوان و نام پديدآور: جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام [محقق حلى] / تأليف محمّدحسن النجفي؛
تحقيق مؤسّسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة.
مشخصات نشر: قم: جماعة المدرّسين الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ۱۴۱۷ ق. = ۱۳۷۵.
مشخّصات ظاهرى: ج.
فروست: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي؛ ۹۰۱، ۹۰۲، ۹۰۳، ۹۰۸، ۹۱۴، ۹۱۷، ۹۱۸، ۹۱۹، ۹۲۴، ۹۲۵، ۹۲۷، ۹۲۸، ۹۲۹، ۹۳۰، ۹۳۱.
شابك دوره: ۹ ـ ۰۲۷ ـ ۴۷۰ ـ ۹۶۴ ـ ۹۷۸ ج ۳۱: ۴ ـ ۰۵۳ ـ ۱۴۳ ـ ۶۰۰ ـ ۹۷۸
يادداشت: عربى.
يادداشت: محقق در جلد هفدهم، بيست و هفتم وبيست وهشتم و بيست ونهم كتابِ حاضر حيدر الدباغ مى‌باشد.
يادداشت: ج. ۲ (چاپ اول: ۱۴۱۷ ق = ۱۳۷۵). يادداشت: ج. ۲۳ (چاپ اول: ۱۴۳۰ ق = ۱۳۸۸) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۴ (چاپ دوّم: ۱۴۲۸ ق. = ۱۳۸۶). يادداشت: ج. ۲۴و۲۵و۲۶ (چاپ اول: ۱۴۳۱ ق = ۱۳۸۹) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۵ (چاپ اوّل: ۱۳۸۵). يادداشت: ج. ۲۷ و۲۸ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۷ (چاپ اول: ۱۴۲۸ ق = ۱۳۸۶). يادداشت: ج. ۲۹ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: ج. ۱۸ و ۱۹ (چاپ اول: ۱۴۲۸ ق = ۱۳۸۶) (فيپا). يادداشت: ج. ۳۱ (چاپ اول: ۱۳۹۰) (فيپا).
يادداشت: كتاب حاضر شرحى بر «شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام» اثر محقّق حلّي است.
يادداشت: كتابنامه.
موضوع: محقّق حلي، جعفر بن حسن، ۶۰۲ ـ ۶۷۶ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ـ ـ نقد وتفسير.
موضوع: فقه جعفرى ـ ـ قرن ۷ ق.
شناسه افزوده: دباغ، حيدر
شناسه افزوده: محقّق حلي، جعفر بن حسن، ۶۰۲ ـ ۶۷۶ ق. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام. شرح.
شناسه افزوده: جامعه مدرّسين حوزه علميه قم. دفتر انتشارات اسلامى
رده‌بندى كنگره: BP ۱۸۲ / ۳ م ۳ ش ۴۰۲۱۶ ۱۳۷۵
رده‌بندى ديويى: ۲۹۷ / ۳۴۲
شماره كتابشناسى ملى: ۱۰۶۹ ـ ۷۶ م

جواهر الكلام

(ج ۳۱)

■ المؤلّف: شيخ الفقهاء والمحقّقين الشيخ محمّد حسن النجفي قدس سره □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق: فضيلة الشيخ حيدر الدبّاغ □
■ طبع و نشر: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ الطبعة: الأُولى □
■ عدد الصفحات: ۶۹۶ □
■ المطبوع: ۵۰۰ نسخة □
■ التاريخ: ۱۴۳۳ هـ. ق □
■ شابك ج ۳۱: ۴ ـ ۰۵۳ ـ ۱۴۳ ـ ۶۰۰ ـ ۹۷۸ □
ISBN 978 - 600 - 143 - 053 - 4

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿السبب الرابع﴾
﴿استيفاء العدد﴾

﴿وهو قسمان﴾ :

﴿الأوّل﴾

﴿إذا استكمل الحرّ أربعاً بالعقد الدائم حرم عليه﴾ مع وجود الأربع عنده نكاح ﴿ما زاد غبطةً﴾ أي دواماً، إجماعاً من المسلمين[1]، بل ضرورةً من الدين. وما عن طائفة من الزيديّة: من جواز نكاح تسع[2] لم يثبت، بل المحكي عن مشايخهم البراءة من ذلك[3].

نعم، قد اختصّ النبيّ صلى الله عليه وآله بنكاح الأزيد من ذلك، وهل كان يجوز له أزيد من التسع الذي مات عنهنّ أو لا يجوز؟ فيه بحث، لكنّه قليل الجدوى.

---

(١) كما في الخلاف: النكاح / مسألة ٦٢ ج ٤ ص ٢٩٣، وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٧، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٧٤.

(٢) حلية العلماء: ج ٦ ص ٣٩٥، الحاوي الكبير: ج ٩ ص ١٦٦.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ٦٢ ج ٤ ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

ج ٣٠ / ٢

وعلى كلّ حال ، فالأصل فيه قوله تعالى : «وإن خفتم ألّا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»[١] بناءً على ما عرفته سابقاً[٢] من أنّ الأمر فيها للإباحة ، ومقتضى إباحة الأعداد المخصوصة تحريم ما زاد عليها ؛ إذ لو كان مباحاً لما خصّ الجواز بها ، لمنافاته الامتنان وقصد التوسيع على العباد .

ولأنّ مفهوم إباحة الأربع حضر ما دون الأربع أو ما زاد عليها ، والأوّل باطل بتجويز الثلاث فيها صريحاً ، فتعيّن الثاني .

بل يمكن أن يكون المراد منها : إن خفتم ألّا تقسطوا في اليتامى بالإنفاق من أموالهم ـ التي في أيديكم التي جوّز الله لوليّهم الإنفاق منها بالمعروف ـ فاقتصروا على نكاح ما طاب لكم وحلّ وساغ من العدد ؛ أعني مثنى وثلاث ورباع ، إلى أن قال : «ذلك أدنى ألّا تعولوا» فيستفاد منها حينئذٍ انحصار الحلّ في العدد المزبور .

ولذا أمر رسول الله صلى الله عليه وآله قيس بن الحارث عند نزول الآية ـ وكان تحته ثمانية ـ أن يطلّق أربعاً ويمسك أربعاً ، قال : «فجعلت أقول للمرأة التي لم تلد : يا فلانة أدبري ، والتي قد ولدت : يا فلانة أقبلي»[٣] .

فمن الغريب دعوى بعض الناس[٤] : عدم دلالة الآية على تحريم

---

(١) سورة النساء: الآية ٣.

(٢) في ج ٣٠ ص ١٤ ـ ١٥.

(٣) تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٤٧، تفسير البغوي: ج ١ ص ٣٩١.

(٤) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٤١.

ما زاد، وإنّما استفيد من دليل آخر.

ثمّ إنّ هذه الألفاظ ألفاظ معدولة عن أعداد مكرّرة هي ثنتين ثنتين، وثلاث ثلاث، وأربع أربع، وهي غير منصرفة للعدل والصفة، فإنّها بُنيت صفات وإن كانت أُصولها لم تبن لها.

وقيل[1]: عدم انصرافها لتكرير العدل؛ عدلها عن صيغها وعدلها عن تكرّرها؛ أي أنّ الأصل كان اثنين اثنين مثلاً، فغيّر اللفظ إلى مثنى، وعدل بها عن التكرير؛ فصار بها عدلان لفظي ومعنوي.

ونصبها على البدليّة من المفعول أو على الحال من فاعل «طاب»، ومعنى الحاليّة فيها مثلها في قولك: «جئت فارساً وراجلاً وحافياً وناعلاً» تريد أنّك جئت في كلّ حال من هذه الأحوال، لا أنّك جئت في حال ثبوت جميعها. وكذا الحال في الآية، فإنّ المراد جواز النكاح في كلّ حال من الأحوال الثلاثة دون مجموعها، وإلّا لزم نكاح التسع.

↑ ج ٣٠ / ٣

وإليه يرجع ما عن الكشّاف من تقدير الحال المذكورة: فانكحوا الفتيات معدودات هذا العدد ثنتين ثنتين وثلاثاً ثلاثاً وأربعاً أربعاً[2].

وعلى كلّ حال، فمقتضى العطف بالواو جمع المتعاطفة في الجواز، لا جواز الجمع بينها، فلا يلزم نكاح التسع.

بل قيل: «معنى الآية الإذن لكلّ ناكح يريد الجمع أن ينكح ما شاء

---

(١) تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٤٦٧.

(٢) المصدر السابق: ص ٤٦٨.

من العدد المذكور متّفقين فيه ومختلفين، كقولك: (اقتسموا هذه البدرة درهمين درهمين وثلاثة ثلاثة) ولو أُفردت كان المعنى تجويز الجمع بين هذه الأعداد دون التوزيع، ولو ذكرت بـ(أو) لذهب تجويز الاختلاف في العدد»[١].

وإن كان لا يخلو من نظر؛ لما عرفت من أنّ الجمع بالحكم لا يقتضي الحكم بالجمع، فلا يلزم من الإفراد تجويز الجمع بين الأعداد، ولأنّ تجويز الأعداد لجماعة المخاطبين بمعنى تجويزه لكلّ واحد منهم لا للمجموع من حيث الاجتماع[٢]، فالتخيير الذي يقتضيه العطف بـ«أو» ـ لو كان ـ يكون لكلّ ناكح يريد الجمع، فلو اختلفوا لم يفعلوا إلّا ما هو الجائز كما لو اتّفقوا، فلا يلزم أن يذهب تجويز الاختلاف على تقديره.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ العطف بالواو للدلالة على جواز كلّ من الأعداد لكلّ جامع أو مريد للجمع، فيجوز الأربع لواجد الثلاث بالتكميل، وكذا الثنتان بالنقص، ولو عطف بـ«أو» لذهب التجويز في حقّ الجامع؛ لأنّه قد استوفى العدد المباح له، فلا يجوز له غيره على ما يقتضيه التخيير.

وكيف كان، فالغرض دلالة الآية على المطلوب من دون حاجة إلى

(١) تفسير البيضاوي: ج ١ ص ٣٢٠.

(٢) في بعض النسخ: الإجماع.

جعل الواو فيها بمعنى «أو» كما في جامع المقاصد[١] والمسالك[٢]، معلّلين ذلك: بأنّها لو بقيت على معناها اقتضت الآية جواز نكاح الثمانية عشر.

وفيه أوّلاً: أنّ مثنى ـ مثلاً ـ بمنزلة اثنين اثنين ذكراً، وهو أعمّ من كونه اثنين واثنين على جهة التغاير، ولذا قال بعضهم[٣]: إنّه يلزم نكاح التسع لا الثمانية عشر.

وثانياً: أنّ إباحة هذه المراتب من الأعداد ـ من حيث كونها أعداداً ـ لا يقتضي جواز الجمع على الوجه المزبور؛ ضرورة عدم كون المراد من إباحة الثلاثة ـ مثلاً ـ أنّها أفراد غير الاثنين، والأربعة غير الثلاثة، بل قد عرفت أنّ الواو تقتضي الجمع في الحكم ـ الذي هو الإباحة ـ لا الحكم بالجمع، كما هو واضح.

ج ٣٠ / ٤

والأمر سهل بعد ضروريّة أصل الحكم، الذي لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة؛ ولذا قال رسول الله ﷺ لغيلان بن سلمة لمّا أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ»[٤]، بل هو مقتضى قول الصادق عليه السلام في صحيح زرارة[٥]: «... لا يجمع ماءه

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٧٤.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٧.

(٣) كالسيوري في كنز العرفان: النكاح / ذيل الآية الثالثة من النوع الأوّل ج ٢ ص ١٤١.

(٤) صحيح ابن حبّان: ج ٩ ص ٤٦٥ ـ ٤٦٦، سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٨١، المسند (للشافعي): ص ٢٧٤، معرفة السنن والآثار: ح ٤١٩١ ج ٥ ص ٣١٤، كنز العمّال: ح ٤٤٧٦٥ ج ١٦ ص ٣٣٠، تفسير الرازي: ج ٩ ص ١٧٥.

(٥) في المصدر: زرارة ومحمّد بن مسلم.

في خمس»[١].

﴿و﴾ كذا ﴿لا يحلّ له﴾ أي الحرّ ﴿من الإماء بالعقد﴾ الدائم ﴿أكثر من اثنتين﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣].

وقد يستفاد ذلك من خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل له امرأة نصرانيّة، له أن يتزوّج عليها يهوديّة؟ فقال: إنّ أهل الكتاب مماليك الإمام، وذلك موسّع منّا عليكم خاصّة، فلا بأس أن يتزوّج. قلت: فإنّه يتزوّج عليها أمة؟ قال: لا يصلح أن يتزوّج ثلاث إماء...»[٤] الحديث.

بل في خبر عبّاد بن صهيب عن الصادق عليه السلام: «... ولا يحلّ له من الإماء إلّا واحدة»[٥].

---

(١) الكافي: النكاح / باب الذي عنده أربع نسوة ح ١ ج ٥ ص ٤٢٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٦٩ ج ٧ ص ٢٩٤، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ٢٠ ص ٥١٨.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٢٣ ص ٦١٩.

(٣) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل الثالث ص ٣٥٠، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٧٤، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٠٣ ج ٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٧، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٤١.

(٤) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّيّة ح ١١ ج ٥ ص ٣٥٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٥ ج ٧ ص ٤٤٩، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢ ج ٢٠ ص ٥١٨.

(٥) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٩٧ ج ١ ص ٢٣٥، مستدرك الوسائل: باب ٤١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ١٤ ص ٤١٨.

بل قد عرفت فيما مضى[١] أنّ المختار عدم جواز نكاح الأمة إلّا بالشرطين؛ ومن هنا قال في المسالك: «هذا كلّه على القول بجواز نكاح الأمة اختياراً، أمّا عند من يعتبر الشرطين فلا يجوز نكاح الثانية»[٢].

وإن كان قد عرفت ما فيه سابقاً من إمكان فرض تحقّق الشرطين مع نكاح الأمة؛ لعدم رفع العنت بها وغيره، بل لولا الإجماع لأمكن فرضهما مع الاثنتين أيضاً.

وعلى كلّ حال، فحيث ينكح الاثنتين فهما محسوبان[٣] عليه ﴿من جملة الأربع﴾ لا أنّهما معاً بمنزلة حرّة؛ لإطلاق الأدلّة، فلا يجوز له حينئذٍ الجمع بين ثلاث حرائر وأمتين، فضلاً عن حرّتين وثلاث إماء أو أربع، كما هو واضح.

﴿وإذا استكمل العبد أربعاً من الإماء[٤]، أو حرّتين، أو حرّة وأمتين، حرم عليه ما زاد﴾ إجماعاً منّا بقسميه[٥]، ونصوصاً كادت تكون متواترة؛ فـ:

↑ ج ٣٠ / ٥

---

(١) في ج ٣٠ ص ٧٢٤...

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٧.

(٣) الأولى التعبير بـ«محسوبتان».

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: بالعقد.

(٥) ينظر الخلاف: النكاح / مسألة ٦٣ ج ٤ ص ٢٩٥، وغنية النزوع: النكاح / الفصل الثالث ص ٣٥٠. وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٨٢، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٨.

في صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن العبد يتزوّج أربع حرائر؟ قال: لا، ولكن يتزوّج حرّتين، وإن شاء تزوّج أربع إماء»[١].

وفي خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن المملوك ما يحلّ له من النساء؟ فقال: حرّتان أو أربع إماء...»[٢].

وفي خبر زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «سألته عن المملوك كم يحلّ له أن يتزوّج؟ قال: حرّتان أو أربع إماء...»[٣].

وفي خبره الآخر عن أبي جعفر عليه السلام: «لا يجمع من النساء أكثر من الحرّتين»[٤].

ولا ينافي ذلك ما في خبر الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن المملوك كم يحلّ له من النساء؟ قال: امرأتان»[٥]. وكذا خبر سماعة[٦].

---

(١) الكافي: النكاح / باب ما يحلّ للمملوك من النساء ح ١ ج ٥ ص ٤٧٦، الاستبصار: النكاح / باب ١٣٣ ما يحلّ للمملوك من النساء ح ٥ ج ٣ ص ٢١٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ٢٠ ص ٥٢٥.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٧٥ ج ٧ ص ٢٩٦، وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٤٧٧، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٥٢٦.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٤٧٧، ووسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١١٠.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٧٦، و«الوسائل»: ح ٤.

(٥) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٥٦ ج ٨ ص ٢١١، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ ج ٢١ ص ١١١.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٥٨، و«الوسائل»: ح ٦ ص ١١٢.

بل في خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : «لا يجمع المملوك من النساء أكثر من امرأتين»[١]. وخبر الفضيل[٢] : «سألت أبا الحسن عليه السلام : عن المملوك كم يحلّ له من النساء؟ فقال : لا يحلّ إلّا ثنتين[٣]...»[٤] بعد موافقتها لما تسمعه من العامّة ، وإمكان إرادة الحرائر من ذلك .

نعم ، قد يقال : إنّه لا دلالة في شيء منها على جواز حرّة وأمتين الذي ذكره المصنّف وغيره[٥].

ودعوى : إمكان استفادة تنزيل الحرّة بالنسبة إلى العبد منزلة الأمتين ، وتنزيل الأمتين للحرّ منزلة الحرّة .

يدفعها : منع دلالة النصوص على ذلك وإن اشتملت على بعض ما ينطبق على ذلك ، لكنّه لا يستفاد منها على وجه التعميم بعد حرمة القياس واستنباط العلّة والسبر ونحو ذلك عندنا .

على أنّه إن تمّ في العبد فلا يتمّ في الحرّ ؛ لما عرفته من عدم جواز ثلاث حرائر وأمتين للحرّ وحرّتين وثلاث إماء... ونحو ذلك ممّا

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٥٧، و«الوسائل»: ح ٥.

(٢) في المصدر: محمّد بن الفضيل.

(٣) في الوسائل: ثنتان.

(٤) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٥٥ ج ٨ ص ٢١١، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ١١١.

(٥) كالعلّامة في الإرشاد: النكاح / المحرّمات ج ٢ ص ٢٦، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩٠، والسبزواري في الكفاية: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٢ ص ١٤٦.

ج ٣٠ / ٦ لا يطابق ما عرفت.

نعم، قد يقال: بإمكان الاستدلال على جوازه بما دلّ[1] على جواز الحرّتين للعبد القاضي بجواز الحرّة له قطعاً، وجواز الأربع القاضي بجواز ما دون ذلك له، وأنّ الأدلّة أقصى ما دلّت عليه المنع من الزيادة على الحرّتين والزيادة على الأربع إماء؛ بمعنى: إن تزوّج حرائر فلا يزيد على حرّتين، وإن تزوّج إماء فلا يزيد على أربع، وأمّا صور الخلط فليس في شيء من الأدلّة التعرّض إلى منعه، فيبقى على أصل الجواز وعلى فحوى دليل كلّ من الصنفين.

وفيه: أنّ مقتضى ذلك جواز الحرّة وثلاث إماء، بل جواز الحرّتين وأربع إماء، ودعوى استفادة المنع فيه من دليل آخر كما ترى.

فالأوجه أن يقال: إنّ دليله ـ بعد الإجماع بقسميه عليه، وعدم صدق الزيادة على أربع منه ـ ما في الفقيه، فإنّه بعد أن روى عن حمّاد ابن عيسى: «أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام: كم يتزوّج العبد؟ قال: قال أبي عليه السلام: قال عليّ عليه السلام: لا يزيد على امرأتين»[2]، قال: «وفي حديث آخر: يتزوّج العبد حرّتين أو أربع إماء أو أمتين وحرّة»[3].

---

(١) كخبري زرارة والصيقل الآنفي الذكر. وانظر وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٩ و١٠ ج ٢١ ص ١١٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٨٧ ج ٣ ص ٤٢٩، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٣ ج ٢٠ ص ٥٢٦.

(٣) انظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٤٤٨٨، ووسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح ←

مؤيّداً: بإمكان دعوى ظهور نصوص العبد خاصّة في تنزيل الحرّة بالنسبة إليه منزلة الأمتين، فالعدد الممنع[1] منه الزيادة على أربع إماء حقيقةً أو حكماً، والأمتان والحرّة بمنزلة الأربع حكماً، فلا زيادة فيه، فلا منع.

والأمر سهل بعد وضوح الحكم عندنا، بخلاف غيرنا؛ فعن الأكثر: أنّه لا يتجاوز اثنتين مطلقاً على النصف من الحرّ[2]، وعن بعض: أنّ له أربعاً مطلقاً كالحرّ[3]، وإجماع الفرقة المحقّة ونصوصها على خلافهم.

وعلى كلّ حال، فقد ذكر غير واحد من الأصحاب[4]: أنّ الأمة المبعّضة كالأمة في حقّ الحرّ، وكالحرّة في حقّ العبد، والمبعّض كالحرّ في حقّ الإماء فلا يتجاوز أمتين، وكالعبد في حقّ الحرائر فلا يتجاوز حرّتين؛ تغليباً لجانب الحرّيّة في الجامع للوصفين.

↑ ج ٣٠ / ٧

ولا ريب في أنّه أحوط، وإن كان لا يخلو من بحث إن لم يكن إجماعاً، خصوصاً في التبعيض اللاحق في التزويج[5] الذي قد يتعارض فيه الاحتياط، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لكلّ منهما أن ينكح بالعقد المنقطع ما

← العبيد والإماء ح ١٠ ج ٢١ ص ١١٢.

(١) في بعض النسخ: الممتنع.

(٢ و٣) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٤٣٧، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٤٣٧.

(٤) كالعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ٣ ص ٣٧، والشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٠٦.

(٥) في بعض النسخ: اللاحق للتزويج.

شاء﴾ بلا خلاف معتدّ به فيه بيننا[١]؛ لظهور الآية[٢] في نكاح الدوام بقرائنه[٣] فيها، واستفاضة النصوص أو تواترها في ذلك.

نعم، في خبر البزنطي عن الرضا عليه السلام قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوهنّ من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط؟ قال: نعم»[٤].

وفي خبره الآخر عن أبي الحسن عليه السلام أيضاً: «سألته عن الرجل يكون عنده الامرأة، أيحلّ له أن يتزوّج بأُختها متعةً؟ قال: لا. قلت: حكى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام إنّما هي مثل الإماء يتزوّج ما شاء؟! قال: لا، هي من الأربع»[٥].

وخبر الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن المتعة؟ قال: هي أحد الأربعة»[٦].

ومن المعلوم إرادة جعلها من الأربع حذراً من اطّلاع المخالفين،

---

(١) نفى الخلاف في السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٤. ونقل الإجماع في الانتصار: مسألة ١٦٥ ص ٢٩٢ ـ ٢٩٣.

(٢) سورة النساء: الآية ٣.

(٣) في بعض النسخ: بقرائن.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٤٩ ج ٧ ص ٢٥٩. الاستبصار: النكاح / باب ٩٦ أنّه يجوز الجمع... ح ٨ ج ٣ ص١٤٨، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٩ ج ٢١ ص ٢٠.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٤٨، و«الاستبصار»: ح ٧، و«الوسائل»: ح ١١.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٤٧، و«الاستبصار»: ح ٦ ص ١٤٧، و«الوسائل»: ح ١٠.

كما أومأ إليه الخبر الأوّل بذكر الاحتياط الذي لا يتصوّر من الإمام عليه السلام الأمر به بالنسبة إلى الحكم، على أنّها في مقابلة ما جاء في الجواز كالعدم.

فمن الغريب ما عن ابن حمزة: من أنّها إحدى الأربع[1]، وأغرب منه ميله في المسالك إلى ذلك، مناقشاً في أسانيد بعض روايات الجواز، حاكياً عن المختلف أنّه اقتصر في الحكم على مجرّد الشهرة ولم يصرّح بمختاره، قال: «وعذره واضح، ودعوى الإجماع في ذلك غير سديد»[2].

قلت: لا بأس بدعوى ضرورة المذهب على ذلك فضلاً عن الإجماع، والنصوص ـ بعد استفاضتها، وتعاضدها، واشتمالها على ضروب من الدلالة والتعليلات، واعتضادها بمثل هذا العمل ـ لا ينظر إلى أسنادها، كما لا يخفى على من له أدنى خبرة بأُصول المذهب وقواعده، والله العالم.

﴿وكذا﴾ لكلّ منهما أن ينكح ﴿بملك اليمين﴾ ما شاء، بلا خلاف فيه بين المسلمين فضلاً عن المؤمنين[3]، بل لعلّه من ضروريّات الدين.

---

(١) عبارته: «وحكم نكاح المتعة في العدد حكم الإماء» وهي تحتمل ما ذكر وتحتمل عدم الانحصار في عدد كما في النكاح بملك اليمين. انظر الوسيلة: النكاح / بيان نكاح المتعة ص ٣١٠.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٣) ينظر المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢٠٦، وجامع المقاصد: ←

↑ ج ٣٠ / ٨

نعم، قد تقدّم سابقاً[١] البحث في ملك العبد وعدمه، لكن قد استفاضت النصوص[٢] هنا بأنّه لا بأس في إذن المولى لعبده بأن يتسرّى ما شاء ويشتري ما يشاء من الجواري ويطأهنّ، والمراد منها التحليل له.

ومنه يعلم: أنّه لا بأس بالوطء بالتحليل لغيره ما شاء أيضاً، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه سواء قلنا: إنّه إباحة أو تمليك؛ ضرورة عدم تناول ما دلّ على النهي عن الأربع له بعد ظهوره في نكاح الدوام، كما هو واضح، والله العالم.

﴿مسألتان﴾

﴿الأولى﴾

﴿إذا طلّق واحدة من الأربع حرم عليه العقد على غيرها حتّى تنقضي عدّتها إن كان الطلاق رجعيّاً﴾ بلا خلاف أجده فيه[٣]،

← النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٧٩، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٤٨، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٧٥، وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٢١٤.

(١) في ج ٢٥ ص ٣٤١ ...

(٢) وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ و ٢ و ٨ ج ٢١ ص ١١٠ و ١١٢.

(٣) نفى الخلاف في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٢٣ ص ٦٢٦ ـ ٦٢٧، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٤٥.

بل يمكن تحصيل الإجماع عليه[١]؛ لأنّها بحكم الزوجة نصّاً[٢] وفتوى الذي منه ذلك. بل ظاهرهما أنّها كذلك ﴿و﴾ إن التزم بعدم الرجوع بملزم شرعي، فإنّه لا يخرجها عن حكم المطلّقة رجعيّاً التي هي بحكم الزوجة.

نعم ﴿لو كان﴾ الطلاق ﴿بائناً جاز له العقد على ا﴾ لأُ﴿خرى في الحال﴾ لخروجها عن الزوجيّة بالطلاق، وعدم ما يدلّ على أنّها بحكمها في العدّة، فلا جمع حينئذٍ بين خمس، فيشمله حينئذٍ دليل الإباحة.

﴿وكذا القول[٣] في نكاح أُخت الزوجة﴾ مع البينونة، إلّا أنّه ﴿على كراهة[٤] مع البينونة﴾ لبقاء عصمة النكاح في الجملة، ولصحيح زرارة[٥] المحمول على ذلك ـ عن الصادق عليه السلام: «إذا جمع الرجل أربعاً فطلّق إحداهنّ، فلا يتزوّج الخامسة حتّى تنقضي عدّة المرأة التي طلّقت...»[٦] ـ أو على الرجعي. وبمعناه غيره من

ج ٣٠ / ٩

---

(١) ينظر المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ١٩٦، والسرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٢٦، وإرشاد الأذهان: النكاح / المحرّمات ج ٢ ص ٢٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٠٣ ج ٢ ص ٢٤٧.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب أقسام الطلاق، وباب ١٣ منها ح ٦، وباب ١٨ و ٢٠ و ٢١ من أبواب العدد ج ٢٢ ص ١٠٣ و١٣٥ و٢١٢ فما بعدها.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: الحكم.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: كراهية.

(٥) في المصدر بعدها إضافة: ومحمّد بن مسلم.

(٦) الكافي: النكاح / باب الذي عنده أربع نسوة ح ١ ج ٥ ص ٤٢٩، تهذيب الأحكام: ←

النصوص[١] المستفيضة.

لكن في كشف اللثام عن ظاهر التهذيب الحرمة، قال: «وهو ظاهر الأخبار»[٢].

وفي المسالك: «في الحمل نظر؛ من حيث عدم المعارض، نعم ورد التفصيل في الأُخت في روايات، منها: حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل طلّق امرأته أو اختلعت منه أو بانت، أله أن يتزوّج أُختها؟ فقال: إذا برئ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أُختها)[٣]»[٤].

قلت: قد يستفاد ذلك من هذه الرواية؛ ضرورة ظهورها في أنّ المدار على الإبراء من العصمة بعدم ملك الرجعة، فهو حينئذٍ كالتعليل الذي لا يخصّ الأُخت، ولو بقرينة فتوى الأصحاب مع ذلك.

بل يمكن أن يكون في النصوص إشارة إلى ذلك أيضاً بجعل العدّة له:

ففي الموثّق أنّه «سئل أبو عبد الله عليه السلام: عن رجل جمع أربع نسوة

← النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٦٩ ج ٧ ص ٢٩٤، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ٢٠ ص ٥١٨.

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ج ٢٠ ص ٥١٩.

(٢) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٢١٣.

(٣) الكافي: النكاح / باب الجمع بين الأُختين ح ٧ ج ٥ ص ٤٣٢، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٤٢ ج ٧ ص ٢٨٦، وسائل الشيعة: باب ٤٨ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٧٠.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٥١.

فطلّق واحدة، فهل يحلّ له أن يتزوّج أُخرى مكان التي طلّق؟ قال: لا يحلّ له أن يتزوّج أُخرى حتّى يعتدّ مثل عدّتها...»[١].

بل في خبرهم[٢] الآخر أنّه «سئل أبو عبد الله عليه السلام: عن الرجل يكون له أربع نسوة فتموت إحداهنّ، هل يحلّ له أن يتزوّج أُخرى مكانها؟ قال: لا، حتّى يأتي عليه أربعة أشهر وعشراً. سئل: فإن طلّق واحدة هل يحلّ له أن يتزوّج؟ قال: لا، حتّى يأتي عليها عدّة المطلّقة»[٣].

وفي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً قال: «سألته عن رجل له أربع نسوة فطلّق واحدة، يضيف إليهنّ أُخرى؟ قال: لا حتّى تنقضي العدّة، فقلت: من يعتدّ؟ فقال: هو، قلت: وإن كان متعة؟ قال: وإن كان متعة»[٤].

↑ ج ٣٠ / ١٠

إلى غير ذلك من النصوص المشعرة بكون الحكم على ضرب من الكراهة والندب.

نعم، لو لم يكن للمرأة عدّة ـ لعدم الدخول ـ لم يكن بأس أصلاً، كما أومأ إليه خبر ابن طريف قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام: عن رجل كنّ

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ١٩٩ ج ٨ ص ٨٢، وسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٦٩.

(٢) لعلّ الإتيان بصيغة الجمع بملاحظة اتّحاد السندين ـ أي هذا الخبر والذي قبله ـ في عدّة رواة.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١١٤ ج ٧ ص ٤٧٥، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٥ ج ٢٠ ص ٥٢١.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٩٦ ص ٤٧١، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٥٢٠.

له ثلاث نسوة ، ثمّ تزوّج امرأة أُخرى فلم يدخل بها ، ثمّ أراد أن يعتق أمة ويتزوّجها؟ فقال : إن هو طلّق التي لم يدخل بها فلا بأس أن يتزوّج أُخرى من يومه ذلك ، وإن هو طلّق من الثلاث النسوة اللاتي دخل بهنّ واحدة لم يكن له أن يتزوّج امرأة أُخرى حتّى تنقضي عدّة التي طلّقها»[١].

وعلى كلّ حال ، فلا ريب في الحكم المزبور ، ولا ينافيه إمكان رجوع البائنة رجعيّاً في بعض الأحوال ؛ ضرورة عدم جريان هذا الحكم عليه مع فرض التزويج ، والله العالم .

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا طلّق إحدى الأربع بائناً وتزوّج اثنتين؛ فإن سبقت إحداهما كان العقد لها﴾ بلا خلاف[٢] ولا إشكال .

﴿وإن اتّفقتا في حالةٍ بطل العقدان﴾ وفاقاً للمشهور[٣]؛ لاستلزام صحّة كلّ منهما بطلان الآخر ولا ترجيح ، وصحّة أحدهما دون الآخر

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٥٦ ج ٧ ص ٤٨٥، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٦ ج ٢٠ ص ٥٢١.

(٢) نقل الاتّفاق في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥١.

(٣) ذهب إلى ذلك في السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٣٩، وإرشاد الأذهان: النكاح / المحرّمات ج ٢ ص ٢٦، وإيضاح الفوائد: النكاح / المحرّمات ج ٢ ص ٨٥، والتنقيح الرائع: النكاح / أسباب التحريم ج ٣ ص ٨٨.

غير معقولة، والصحّة في إحدى الامرأتين على جهة الإطلاق الذي مرجعه إلى تخيير الزوج في تعيينها غير مفادهما، ولو فرض قصد ذلك فهو غير صحيح؛ للإجماع على اعتبار تعيين الزوجة في عقد النكاح على وجه التشخيص.

﴿و﴾ لكن في المتن: ﴿روي أنّه يتخيّر﴾ ثمّ قال: ﴿وفي الرواية ضعف﴾.

قلت: بل لم نعثر عليها في خصوص الفرض، كما اعترف به في المسالك[١] وغيرها[٢].

نعم، روى عنبسة بن مصعب: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل كانت له ثلاث نسوة، فتزوّج عليهنّ امرأتين في عقد، فدخل بواحدة منهما ثمّ مات؟ قال: إن كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها وذكرها عند عقدة النكاح فإنّ نكاحها جائز، ولها الميراث، وعليها العدّة، وإن كان دخل بالمرأة التي سمّيت وذكرت بعد ذكر المرأة الأُولى فإنّ نكاحها باطل...»[٣] الحديث.

↑ ج ٣٠ / ١١

وهو ـ كما ترى ـ لا تخيير فيه، مع احتمال أن يراد به وقوع النكاح

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٥٢.

(٢) كرياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥٢.

(٣) الكافي: النكاح / باب الذي عنده أربع نسوة ح ٤ ج ٥ ص ٤٣٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٧٢ ج ٧ ص ٢٩٥، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ٢٠ ص ٥٢٣.

للأُولى فيما لو قال الوكيل مثلاً: «زوّجتك فاطمة وزينب» فقال: «قبلت تزويج فاطمة وزينب» فإنّ النكاح يقع للأُولى حينئذٍ. وعلى كلّ حال هو خارج عمّا نحن فيه.

ويمكن أن يريد المصنّف صحيح جميل المروي في الكافي[١] والفقيه[٢] والتهذيب[٣] الوارد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوّج خمساً في عقدة؟ قال: يخلّي سبيل أيّتهنّ شاء، ويمسك الأربع»[٤]؛ لعدم الفرق بين المسألتين، إلّا أنّه لا ضعف في سنده.

اللّهمّ إلّا أن يريد الضعف في دلالته؛ باعتبار احتمال إرادة التزوّج حال الكفر، واحتمال الإمساك بالعقد الجديد، خصوصاً بعد أن عبّر بمثله فيما علم إرادة ذلك منه فيمن تزوّج أُختين على الترتيب كما سمعته فيما تقدّم.

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ خلاف الظاهر الذي هو الحجّة، على أنّ الخبر غير مهجور، بل عمل به الشيخ[٥] وأتباعه[٦]، بل وتبعهم يحيى بن

---

(١) الكافي: (الهامش السابق: ح ٥).

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٦٠ ج ٣ ص ٤١٩.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٧٣ ج ٧ ص ٢٩٥.

(٤) وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ ج ٢٠ ص ٥٢٢.

(٥) النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٢٩٧.

(٦) كابن البرّاج في المهذّب: النكاح / ذكر من يحرم نكاحه ج ٢ ص ١٨٥ ـ ١٨٦، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / من يجوز العقد عليه ص ٢٩٤.

سعيد[١] في المحكي عنه والعلّامة في المختلف[٢].

وليس متضمّناً لممتنع كي يتّجه طرحه أو تأويله؛ إذ يمكن كون التخيير فيه على حسب التخيير لمن أسلم على أزيد من النصاب، وإن كان ذلك في الاستدامة وهذا في الابتداء، لكنّه لا يصلح فارقاً؛ فإنّ ما لا يؤثّر في الابتداء لا يؤثّر استدامةً.

بل ذلك غير فاقد للتعيين، وليس هو بمنزلة «زوّجتك إحدى الامرأتين»؛ ضرورة كون الفرض تعيين كلّ منهما.

ولعلّه إلى ذلك أومأ في المختلف، حيث احتجّ له ـ مضافاً إلى الصحيح ـ بـ«وجود المقتضي وانتفاء المانع؛ إذ ليس إلّا انضمام العقد على الأُخرى، وهو لا يقتضي تحريم المباح، كما لو جمع بين محرّمة عيناً ومحلّلة عيناً في عقد، وكما لو جمع بين المحلّل والمحرّم في البيع».

«ولا أثر للإطلاق والتعيين؛ إذ في التعيين تحرم واحدة معيّنة فيبطل العقد عليها وتحلّ أُخرى معيّنة، وفي الإطلاق تحلّ واحدة مطلقة وتحرم أُخرى مطلقة، وقد عقد عليهما معاً فيدخلان في العقد؛ إذ لا وجود للكلّي إلّا في جزئيّاته»[٣].

ج ٣٠ / ١٢

فما في المسالك من مناقشته بـ«أنّ العقد على المحرّمة ثابت بدون

---

(١) الجامع للشرائع: النكاح / من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٠.

(٢) مختلف الشيعة: النكاح / المحرّمات (المصاهرة) ج ٧ ص ٤٩.

(٣) المصدر السابق: ص ٤٩ ـ ٥٠.

العقد[١]، وعلى المحلّلة كذلك، فلا يضرّ الانضمام، بخلاف غير المعيّنة؛ لأنّ كلّ واحدة صالحة للصحّة منفردة، ومنهيّ عنها مع الانضمام، ولا أولويّة».

«وتعلّق العقد بغير معيّنة غير كافٍ في الصحّة، بل لابدّ من تعيّنها قبل العقد؛ ولذا لا يجوز على إحدى المرأتين إجماعاً، وبهذا يحصل الفرق بين من يحرم نكاحها عيناً ومطلقاً»[٢].

مدفوعة: بما عرفت من أنّ ذلك ليس من فاقد التعيين، بل هو كأثر العقد بعد الإسلام.

ومن ذلك يظهر لك: قوّة القول بالتخيير، بل لو قلنا بأنّ القواعد تقتضي البطلان كان المتّجه ذلك؛ للنصّ الحاكم عليها بعد جمعه شرائط الحجّيّة.

والاحتياط ـ مع أنّه غير واجب ـ هو ليس في البطلان مطلقاً؛ ضرورة عدم موافقته لجواز تزويجهما من غير طلاق.

وتغليب جانب الحرمة إنّما يسلّم وجوبه في متحقّق الحرمة ولا يخلص إلّا بالاجتناب، وهو في المقام ممنوع.

ولو تزوّج الحرّ حرّة في عقد واثنتين في عقد وثلاثاً في عقد، واشتبه السابق، صحّ نكاح الواحدة على القول بالبطلان؛ للقطع

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: على المحلّلة.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.

بصحّة نكاحها كيفما فرض ، ويبقى الاشتباه في الآخرين ، والوجه استعمال القرعة كما سمعته سابقاً في مسألة الأُختين ، وعن التذكرة[١] الحكم بها هنا .

ولعلّه أولى من المحكي عن الشافعيّة من الوجهين ، أحدهما : بطلان العقد ، والآخر : الإيقاف إلى البيان ، فإن لم يعلم كان لهنّ الفسخ ، وإن صبرن لم ينفسخ ، وعليه الإنفاق عليهنّ في مدّة التوقّف[٢] .

وأمّا على القول بالتخيير فلا يتعيّن الواحدة للصحّة ؛ لاحتمال تأخّر عقدها عن الآخرين ، مع جواز صحّتهما باختيار إحدى الاثنتين أو اثنتين من الثلاث .

↑ ج ٣٠ / ١٣

﴿القسم الثاني﴾

من قسمي استيفاء العدد ﴿إذا استكملت الحرّة ثلاث طلقات﴾ لم ينكحها بينها زوج آخر ﴿حرمت على المطلّق حتّى تنكح﴾ دواماً ﴿زوجاً غيره﴾ وتذوق عسيلته ويذوق عسيلتها .

بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[٣] ، بل الإجماع بقسميه عليه[٤] ،

---

(١) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (المصاهرة) ج ٢ ص ٦٤٠ (الطبعة الحجرية).

(٢) الحاوي الكبير: ج ٩ ص ١٦٧، مغني المحتاج: ج ٣ ص ١٨١.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٢٣ ص ٦٣٣.

(٤) ينظر الخلاف: الرجعة / مسألة ٦ ج ٤ ص ٥٠٢، وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٧٢، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء ←

مضافاً إلى الكتاب والسنّة[1]:

قال الله تعالى: «الطلاق مرّتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»[2] ثمّ قال: «فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا...»[3] الآية.

فإنّها صريحة في حرمة المطلّقة على زوجها بالطلاق، وأنّ حلّها موقوف على أن تنكح زوجاً غيره، وأمّا أنّ الطلاق المحرِّم هو الثالث فمستفاد منها بمعونة تعقيبها لقوله تعالى: «الطلاق مرّتان» فإنّه يقتضي كون المعنى: إن طلّقها بعد المرّتين أي التطليقتين الأوّلتين، والطلاق الواقع بعدهما ليس إلّا الثالث؛ إذ غيره لا يطلق عليه أنّه بعد المرّتين عرفاً، بل بعد الثلاث فما زاد.

ولأنّ التحريم بالثالث يقتضي انتفاءه في غيره، إلّا إذا انتهى الدور، فيحرم لكونه ثالثاً أيضاً، فلا يكون التحريم إلّا به.

ثمّ إنّ الظاهر إرادة الرجعي من الطلاق في قوله تعالى: «الطلاق مرّتان»؛ بمعنى: أنّ الطلاق الرجعي الذي يجوز للزوج الرجوع فيه مرّتان أي تطليقتان، فالثالث بائن لا رجعي.

← العدد) ج ٧ ص ٣٥٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٠٢ ج ٢ ص ٢٤٥ ـ ٢٤٦، وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٢١٢، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥٣.

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ و٤ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١١٠ فما بعدها.

(٢ و٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

ومعنى قوله تعالى: «فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» أنّ الزوج بعد التطليقتين الأوّلتين مخيّر بين إمساك المرأة ـ بالرجوع وحسن المعاشرة على الوجه المعروف شرعاً وعرفاً ـ وتسريحها بالإحسان؛ بأن يطلّقها التطليقة الثالثة ولا يراجعها حتّى تنقضي عدّتها وتبين عنه بانقضاء العدّة، فإنّه يجوز له كلّ من الأمرين لكون الطلاق في المرّتين رجعيّاً، ومقتضاه جواز الرجوع في العدّة، ويكون قوله تعالى: «فإمساك» بياناً للازم الحكم الأوّل وهو كون الطلاق رجعيّاً.

↑ ج ٣٠ / ١٤

وقيل: «إنّ المعنى في الآية: الطلاق الشرعي مرّتان، أي تطليقة بعد تطليقة، على أن تكون التثنية لمطلق التكرير، كما في قوله تعالى: (ثمّ ارجع البصر كرّتين)[1] أي كرّة بعد أُخرى، والفرض نفي شرعيّة الجمع والإرسال كما ذهب إليه أكثر العامّة، ووجوب التفريق بين الطلاقين كما ذهب إليه أصحابنا، وعلى هذا يكون قوله تعالى: (فإمساك) تخييراً للأزواج بعد تعليمهم كيفيّة الطلاق الشرعي بين الإمساك ـ بحسن المعاشرة والقيام بحقوق الزوجيّة ـ والتسريح بالإحسان؛ أي التسريح الجميل الذي علّمهم، وهو الطلاق الذي لا إرسال فيه».

«أو يكون المعنى على قياس ما سبق في الأوّل: أنّه بعد وقوع الطلاق المشتمل على التفريق فالواجب[2] أحد الأمرين: من إمساك

---

(١) سورة الملك: الآية ٤.

(٢) في بعض النسخ بدلها: ما يوجب.

الزوجة بالرجوع وتسريحها بالطلاق الثالث، أو ترك الرجوع حتّى تنقضي العدّة، وذلك لأنّ تفريق الطلاق يستلزم تعدّده، وأقلّ ما يصدق معه التعدّد المرّتان، فيكون الطلاق الواقع بعده ثالثاً، وحينئذٍ يكون قوله تعالى: (فإمساك...) إلى آخره بياناً لحكم الزوجة بعد تطليقها من غير ترتّب على سابقه كما في الأوّل».

«وكيف كان، فالطلاق المشار إليه بقوله تعالى: (فإن طلّقها) هو الثالث، أمّا على الأوّل فظاهر، وأمّا على الثاني فلأنّ المعنى: إن طلّقها بعد التكرير، أي التطليقة الواقعة بعد أُخرى، ولا ريب في صدق المعنى المذكور في الطلاق الثالث، فإنّ أقلّ ما يتحقّق معه التكرير مرّتان، والواقع بعدهما هو الثالث»[1].

لكن لا يخفى أنّ الأصحّ ما قلناه أوّلاً من أنّ المراد: الطلاق الرجعي، وأنّ الثالث هو التسريح بإحسان:

أمّا الأوّل: فلوضوح كون المرّتين حقيقة في معنى التثنية، واستعماله في مطلق التكرير مجاز قليل الاستعمال، ودعوى تبادر الشرعي في أمثال ذلك ممنوعة هنا؛ فإنّ قوله تعالى: «فإن طلّقها» قرينة على أنّ المراد ممّا قبله الرجعي الذي تحلّ معه الزوجة؛ وكذا قوله تعالى: «فإن طلّقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا» كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ١٥

(١) المصابيح في الفقه: المناكح / مصباح: الأولى منكوحة الأب ورقة ٢٨٤ (مخطوط)، وانظر مسالك الأفهام (للكاظمي): النكاح / ذيل الآية التاسعة من النوع السادس ج ٤ ص ٧٤...

مضافاً إلى المروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قيل له: «الطلاق مرّتان فأين الثالثة؟ قال: فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان»[١].

وإلى ما روي في سبب نزولها: «إنّ امرأة أتت عائشة فشكت من زوجها يطلّقها ويسترجعها يضارّها، وكان الرجل في الجاهليّة إذا طلّق امرأته له أن يراجعها ولو ألف مرّة، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله فنزلت: (الطلاق مرّتان) فجعل حدّ الطلاق ثلاثاً»[٢].

وأمّا الثاني: فللنبوي الذي سمعته، ولخبر أبي بصير المروي عن تفسير العيّاشي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأة التي لا تحلّ لزوجها حتّى تنكح زوجاً غيره: التي تطلّق ثمّ تراجع ثمّ تطلّق ثمّ تراجع ثمّ تطلّق الثالثة، فلا تحلّ... حتّى ـ إلى آخرها ـ إنّ الله يقول: (الطلاق مرّتان...) ـ إلى آخرها ـ والتسريح هو التطليقة الثالثة»[٣].

وعنه عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ الله تعالى يقول: (الطلاق...) إلى آخرها ـ والتسريح بإحسان هي التطليقة الثالثة»[٤].

وعن سماعة بن مهران: «سألته عن المرأة التي لا تحلّ حتّى تنكح

---

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٣٤٠، المصنّف (لابن أبي‌شيبة): ح ١ ج ٤ ص ١٧٥، تفسير القرآن (للصنعاني): ج ١ ص ٩٣، تفسير الثعلبي: ج ٢ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٢) تفسير الثعلبي: ج ٢ ص ١٧٣، مجمع البيان: ج ٢ ص ٥٧٧.

(٣) تفسير العيّاشي: سورة البقرة ح ٣٦١ ج ١ ص ١١٦، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ح ١٠ ج ٢٢ ص ١٢٢.

(٤) انظر «تفسير العيّاشي» في الهامش السابق: ح ٣٦٣، و«الوسائل»: ح ١٢.

زوجاً غيره[١] وتذوق عسيلته ويذوق عسيلتها، وهو قول الله عزّ وجلّ: (الطلاق...) ـ إلى آخرها ـ قال: التسريح بإحسان التطليقة الثالثة»[٢].

ولا ينافي ذلك ما روي من «أنّ قوله تعالى: (فإن طلّقها فلا تحلّ له) هي التطليقة الثالثة...»[٣]؛ لأنّ قوله تعالى: «فإن طلّقها» على هذا التقدير بيان لحكم التسريح في قوله تعالى: «أو تسريح بإحسان» فيكون الطلاق الثالث مراداً منه أيضاً، وإنّما سمّي تسريحاً لأنّ المرأة تطلق به من قيد الزوج؛ إذ هو مأخوذ من السرح وهو الإطلاق، يقال: سرح الماشية في المرعى سرحاً: إذا أطلقها ترعى، وسرحت الماشية: انطلقت في المرعى، ومنه المِسْرَح للمشط؛ لانطلاق الشعر به. وإنّما كان بإحسان لأنّه لا يرجى معه الرجوع المضارّ للزوجة؛ لبينونتها به.

↑ ج ٣٠ / ١٦

وعلى كلّ حال، فدلالة الآية ظاهرة على المطلوب الذي هو نفي الحلّ له بجميع وجوهه، من غير فرق بين الدوام والمتعة.

وأمّا النصوص فهي متواترة فيه أيضاً، وفي أنّها لا تحلّ له حتّى ينكحها دواماً زوج آخر غيره.

ولا تكفي المتعة منها؛ لخبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام:

---

(١) في تفسير العيّاشي زيادة: «قال: هي التي تطلّق ثمّ تراجع، ثمّ تطلّق ثمّ تراجع، ثمّ تطلّق الثالثة، فهي التي لا تحلّ لزوجها حتّى تنكح زوجاً غيره».

(٢) تفسير العيّاشي: سورة البقرة ح ٣٦٤ ج ١ ص ١١٦، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ح ١٣ ج ٢٢ ص ١٢٢.

(٣) انظر «تفسير العيّاشي» في الهامش السابق: ح ٣٦٢، و«الوسائل»: ح ١١.

«قلت: رجل طلّق امرأته طلاقاً لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره، فتزوّجها رجل متعةً، أتحلّ للأوّل؟ قال: لا؛ لأنّ الله تعالى يقول: (فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتّى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها) والمتعة ليس فيها طلاق»[1].

وقد يشعر هذا الخبر بالحكم في المسألة الأُصوليّة، وهو تخصيص العامّ أو تقييد المطلق بذكر الحكم الخاصّ لبعض أفرادهما في مساقهما، بل لعلّ من ذلك مسألة الضمير أيضاً، هذا. ويأتي ـ إن شاء الله ـ باقي أحكام المسألة في كتاب الطلاق.

نعم، الحكم المذكور ثابت للحرّة ﴿سواء كانت تحت حرّ أو[2] عبد﴾ عندنا؛ لأنّ نصوصنا قد تواترت في أنّ العبرة بعدد الطلقات النساء لا الرجال[3].

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿إذا استكملت الأمة طلقتين﴾ لم يتخلّل بينهما نكاح رجل آخر ﴿حرمت عليه﴾ أي المطلّق ﴿حتّى تنكح زوجاً[4] غيره ولو كانت تحت حرّ﴾ بلا خلاف أجده بيننا[5]، بل الإجماع

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٢ ج ٨ ص ٣٤، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ٤ ج ٢٢ ص ١٣٢.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: تحت.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ و٢٥ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١٥٩ فما بعدها.

(٤) ليست في نسخة المسالك.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٢٣ ص ٦٣٣.

بقسميه عليه[١]، والنصوص متواترة فيه أيضاً[٢] كما تسمعها إن شاء الله.

خلافاً للمحكي عن العامّة: فجعلوا العبرة بالزوج، فإن كان عبداً حرمت عليه بالطلقتين وإن كانت حرّة، وإن كان حرّاً اعتبر الثلاث وإن كانت زوجته أمة[٣].

والمراد حرمة وطئها عليه ولو بملك اليمين كما صرّحت به النصوص أيضاً[٤].

ج ٣٠ / ١٧

ولا فرق في الطلقات المحرِّمة على هذا الوجه بين كونها للعدّة وغيرها، خلافاً لابن بكير وأصحابه فاعتبروا كونها للعدّة، وإلّا حلّت لزوجها من دون محلّل ولو ألف مرّة كما تسمعه[٥] ـ إن شاء الله ـ فيما يأتي.

وتسمع[٦] أيضاً: أنّ النكاح المتخلّل بين الطلقات يهدم ما تقدّمه من الطلاق؛ فإذا رجعت لزوجها ـ مثلاً ـ بعده تكون عنده على الثلاث

---

(١) ينظر جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ١٢ ص ٣٧٣، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٨٥، وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٢١٢، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥٣.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١٥٩.

(٣) المغني (لابن قدامة): ج ٨ ص ٤٤٣، الشرح الكبير: ج ٨ ص ٣٢١، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٩٤، المبسوط (للسرخسي): ج ٦ ص ٣٩، المجموع: ج ١٧ ص ٧٢.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٦ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١٦٣.

(٥) في ج ٣٣ ص ٢٢٢.

(٦) في ج ٣٣ ص ٢٧٦...

كحالها السابق أوّلاً، والله العالم.

﴿وإذا استكملت المطلّقة تسعاً للعدّة ينكحها بينها[١] رجلان حرمت على المطلّق أبداً﴾ إجماعاً بقسميه[٢].

والمراد بالطلاق للعدّة: أن يطلّقها بالشرائط ثمّ يراجع في العدّة ويطأ، ثمّ يطلّق في طهر آخر ثمّ يراجع في العدّة ويطأ، ثمّ يطلّق الثالثة فينكحها بعد عدّتها زوج آخر، ثمّ يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوّجها الأوّل بعد العدّة، ويفعل كما فعل أوّلاً... إلى أن يكمل لها تسعاً كذلك يتخلّل بينهما[٣] نكاح رجلين، فتحرم في التاسعة مؤبّداً.

لكن لا يخفى عليك أنّ إطلاق التسع للعدّة حينئذٍ مجاز؛ لأنّ الثالثة من كلّ ثلاثة ليست للعدّة، بل للسنّة.

ووجه التجوّز: إمّا بإطلاق اسم الأكثر على الأقلّ، أو باعتبار المجاورة.

وتظهر فائدة الاعتبارين: فيما لو طلّق الأوّل[٤] للعدّة والثانية

---

(١) في نسخة الشرائع: بينهما.

(٢) ينظر جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ١٢ ص ٣٢٤، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٨٦، وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ٧ ص ١٩٠، والحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج٢٣ ص ٦٣٤، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥٤.

(٣) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ: بينها.

(٤) في المسالك ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ: الأُولى.

للسنّة ، فإنّ المعنيين ينتفيان عن الثالثة ، ويصدق على الثانية اسم العدّيّة بالاعتبار الثاني دون الأوّل .

وفيما لو كانت الثانية للعدّة والأُولى للسنّة ، فعلى الأوّل يختصّ بها الاسم ، وعلى الثاني يصدق الاسم على الطرفين لمجاورتها .

وفي المسالك ـ بعد أن ذكر ما عرفت ـ قال : «ومع ذلك ففي اعتبار التحريم بمثل هذا إشكال : من وجود العلاقة فيهما كما اعتبرت في الثالثة إجماعاً ، ومن أنّ تعليق الحكم على المعنى المجازي على خلاف الأصل لا يصار إليه في موضع الاشتباه» .

«وهذا هو الأقوى ، فيجب الاقتصار في التحريم المؤبّد على موضع اليقين ، وهو وقوع التسع على الوجه الأوّل ، أو إكمال التسع للعدّة حقيقةً مع التفرّق. ولا تغتفر الثالثة كما اغتفرت في الأُولى ؛ لكونها على خلاف الأصل كما ذكرناه ، فيقتصر بها على موردها وهو وقوعها بعد عدّتين» .

↑ ج ٣٠ / ١٨

«وعلى هذا إن وقع في كلّ ثلاث واحدة عدّيّة احتسبت خاصّة ، وإن وقع في بعض الأدوار عدّتين[1] احتمل : إلحاق الثالثة بهما كما في مورد النصّ لوجود العلاقة بالمعنيين ، وعدمه لخروج مجموع الواقع عن مورده ، وللتوقّف في الحكم بالتحريم مطلقاً فيما خرج عن موضع النصّ والإجماع مجال» .

ثمّ قال : «هذا كلّه في الحرّة ، وأمّا الأمة فيحتمل : تحريمها بالستّ ؛

---

(١) في المصدر بدلها: عدّيّتان.

لتنزيلها منزلة التسع للحرّة، ولأنّ نكاح الرجلين يتحقّق فيهما[١] كتسع الحرّة. وبالتسع كالحرّة؛ لأنّها إذا طلّقت تسعاً ينكحها بعد كلّ طلقتين رجل صدق أنّه نكحها بين التسع رجلان، فيجتمع الشرطان المعتبران في التحريم المؤبّد، وهما التسع ونكاح الرجلين، بخلاف الستّ؛ لتخلّف الأوّل».

«ويحتمل عدم تحريمها مؤبّداً مطلقاً؛ لأنّ ظاهر النصّ كون مورده الحرّة، فيتمسّك في الأمة بأصالة بقاء الحلّ، ولأنّ شرط التحريم المؤبّد وقوع التسع للعدّة ينكحها بينها رجلان، وذلك منتفٍ في الأمة على كلّ حال؛ لتوقّف التسع فيها على نكاح أزيد من رجلين[٢]، وهو مغاير لظاهر اعتبار الرجلين خاصّة».

«وبالجملة: فالحكم بالتحريم المؤبّد بمثل هذه المناسبات مشكل، ووروده في كيفيّة مخصوصة لا يوجب تعديته إلى غيرها؛ لجواز أن تكون للهيئة[٣] الاجتماعيّة ـ من كون طلقتين متواليتين للعدّة وثالثة بعدهما محرّمة ... وهكذا ثلاث مرّات ـ توجب حكماً لا يحصل بدونها».

«ومع ذلك ففيها إشكال آخر: وهو أنّ الحكم بالتحريم مع تمام العدد يوجب تعلّقه بغير ثالثة وثانية في الأمة؛ لأنّه يتمّ في الحرّة

---

(١) في بعض النسخ ـ كالمصدر ـ: فيها.

(٢) في المصدر: «أربعة رجال» بدل «أزيد من رجلين».

(٣) في المصدر بدلها: الهيئة.

بالخامسة والعشرين إن كانت العدّيّة هي أوّل الدور، والسابعة عشر في الأمة، وذلك غير معهود في حكم التحريم المرتّب على الطلاق»[١].

قلت: مضافاً إلى أنّ المفهوم من النصوص[٢] التي عثرنا عليها اعتبار توالي التسع للعدّة في التحريم المؤبّد، وهو لا يكون إلّا في الصورة الأُولى، فيبقى غيرها على إطلاق ما دلّ على الحلّ بالمحلّل في كلّ ثلاث.

ومن ذلك يعلم: أنّه لا وجه للحكم بالتحريم المؤبّد في صور الشكّ تمسّكاً بإطلاق ما دلّ عليه بالتسع، خرج ما خرج ممّا لم يكن للعدّة ويبقى غيره؛ ضرورة أنّك قد عرفت ظهور النصوص في اعتبار توالي التسع المحرِّمة، إذ هي ليست إلّا:

↑ ج ٣٠/ ١٩

الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الملاعنة إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبداً، والذي يتزوّج امرأة في عدّتها وهو يعلم لا تحلّ له أبداً، والذي يطلّق الطلاق الذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرّات وتتزوّج ثلاث مرّات لا تحلّ له أبداً»[٣].

وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً قال: «... وسألته عن

(١) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ٧ ص ٣٥٤ ـ ٣٥٥.
(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١١٨.
(٣) الكافي: النكاح / باب المرأة التي تحرم على الرجل ح ١ ج ٥ ص ٤٢٦، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٣١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١، ووسطه في باب ١٧ منها ح ١ ج ٢٠ ص ٤٤٩ و٤٩١، وذيله في باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ح ٤ ج ٢٢ ص ١٢٠.

الذي يطلّق ثمّ يراجع ثمّ يطلّق ثمّ يراجع ثمّ يطلّق؟ قال: لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره، فيتزوّجها رجل آخر فيطلّقها على السنّة، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث تطليقات فتنكح زوجاً غيره فيطلّقها، ثمّ ترجع إلى زوجها الأوّل فيطلّقها ثلاث مرّات على السنّة، ثمّ تنكح، فتلك التي لا تحلّ له أبداً...»[1].

وصحيح إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام: «إذا طلّق الرجل المرأة فتزوّجت، ثمّ طلّقها زوجها فتزوّجها الأوّل، ثمّ طلّقها فتزوّجت رجلاً، ثمّ طلّقها فتزوّجت الأوّل، ثمّ طلّقها هكذا ثلاثاً لم تحلّ له أبداً»[2].

وهي ـ كما ترى ـ ظاهرة أو صريحة في اعتبار التوالي، نعم لا ظهور فيها باعتبار كونها للعدّة في التحريم المؤبّد، بل الصحيح الأخير منها صريح في عدم ذلك، كما أنّ الثاني منها صريح أيضاً في أنّ الثلاثة الأخيرة للسنّة ومطلق في الثلاثة الثانية، بل ظاهر الأوّل منها أنّ موضوع «المحرّمة حتّى تنكح» وموضوع «المحرّمة أبداً» واحد، إلّا أنّ الأُولى الثلاث والثانية التسع.

↑ ج ٣٠ / ٢٠

فالمتّجه حينئذٍ: إمّا تخصيصهما معاً بالعدّيّة كما هو صريح ابن بكير

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٩ ص ٤٢٨، ووسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ح ٢ ج ٢٢ ص ١١٨.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٧ ص ٤٢٨، ووسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢ (مع ذيله) ج ٢٠ ص ٥٢٩ ـ ٥٣٠.

وأصحابه، أو الاكتفاء فيهما جميعاً بالسنّي، فالاكتفاء حينئذٍ في الأُولى بالسنّي وتخصيص الثانية بالعدّي منافٍ لظاهره، بل وظاهر غيره، بل والاعتبار؛ ضرورة أنّ التحريم عليه بالثالث حتّى تنكح نوع من العقاب وضرب من التأديب، فإن لم يحصل بذلك حتّى فعله ثلاث مرّات كان أدبه الحرمة أبداً بالتسع، كما أومأ إليه الرضا عليه السلام في خبر ابن سنان المروي في الفقيه في علّة تثليث الطلاق وعلّة تحريم المرأة بعد التسع[1].

لكن ربّما دفع ذلك كلّه: بشذوذ الصحيح الأخير.

وبإرادة المقابل للبدعة من السنّة في الثلاثة الأخيرة من الثاني، والمقيّد من الثلاثة الثانية فيه؛ على معنى: التطليقات المذكورة أوّلاً.

وبأنّ الأوّل وإن كان مطلقاً، إلّا أنّه مقيّد:

بمفهوم القيد المعتبر في المروي عن الخصال في تعداد المحرّمات بالسنّة، قال: «... وتزويج الرجل المرأة قد طلّقها للعدّة تسع تطليقات...»[2].

وبمفهوم الشرط في الرضوي حيث قال: «وأمّا طلاق العدّة فهو أن يطلّق الرجل امرأته على طهر من غير جماع، ثمّ يراجعها من يوم واحد

(١) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب طلاق العدّة ح ٤٧٦٣ ج ٣ ص ٥٠٢، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب أقسام الطلاق ح ٨ ج ٢٢ ص ١٢١.

(٢) الخصال: أبواب الثلاثين وما فوقه ح ١٠ ص ٥٣٢، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ٢٠ ص ٤٠٩.

أدنى[١] ما يريد من قبل أن تستوفي قرءها، وأدنى المراجعة أن يقبّلها أو ينكر الطلاق، فيكون إنكار الطلاق مراجعة، فإذا أراد أن يطلّقها ثانية لم يجز ذلك إلّا بعد الدخول بها، وإذا أراد طلاقها تربّص بها حتّى تحيض وتطهر ثمّ يطلّقها، فإذا أراد راجعها... وإن طلّقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلّقها فلا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره، فإذا انقضى عدّتها منه تزوّجها رجل آخر وطلّقها أو مات عنها، فإذا أراد أن يتزوّجها فعل ـ إلى أن قال: ـ[٢] فإن طلّقها ثلاث تطليقات على ما وصفته واحدة بعد واحدة فقد بانت منه، ولا تحلّ له بعد تسع تطليقات أبداً، واعلم أنّ كلّ من طلّق تسع تطليقات على ما وصفت له لم تحلّ له أبداً»[٣].

↑ ج ٣٠ / ٢١

إذ هو ظاهر في اعتبار ذلك، خصوصاً بعد ذكر طلاق السنّة فيه مع عدم الإشارة إلى التحريم به إذا كان تسعاً.

بل قد يدلّ على ذلك أيضاً خصوص المعتبرين؛ بوجود ابن أبي عمير وعبد الله بن المغيرة اللذين هما ممّا أجمعت[٤] العصابة على تصحيح ما يصحّ عنهما[٥] في سنديهما، فلا يضرّ ضعف الراوي

---

(١) في المصدر بدل «يوم واحد أدنى»: يومه أو من غد أو متى.

(٢) ما بين الشارحتين زائد: إذ لا فاصلة في المصدر.

(٣) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٤ طلاق السنّة والعدّة ص ٢٤٢، مستدرك الوسائل: أورد صدره في باب ٢ من أبواب أقسام الطلاق ح ٣، وذيله في باب ٤ منها ح ٦ ج ١٥ ص ٣٢٠ و٣٢٤.

(٤) في بعض النسخ: أجمع.

(٥) اختيار معرفة الرجال: ح ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

ـ لو كان ـ في وجه:

ففي أحدهما[1]: «عن رجل طلّق امرأته ثمّ لم يراجعها حتّى حاضت ثلاث حيض، ثمّ تزوّجها، ثمّ طلّقها فتركها حتّى حاضت ثلاث حيض، ثمّ تزوّجها، ثمّ طلّقها فتركها حتّى حاضت ثلاث حيض، من غير أن يراجعها يعني يمسّها؟ قال: له أن يتزوّجها أبداً ما لم يراجع ويمسّ»[2].

فإنّ لفظ التأبيد صريح في العموم لما[3] لو طلّقت كذلك ولو تجاوزت التسع، وأنّها لا تحرم بذلك إلى حصول الأمرين من الرجوع والوقاع، وليس نصّاً في مختار ابن بكير؛ لقبوله التقييد بحصول المحلّل بعد كلّ ثلاث، فيكون مقتضاه حينئذٍ: حلّ التزويج له أبداً بعد حصول المحلّل لا مطلقاً.

قيل: «وأصرح منهما الموثّق عن الصادق عليه السلام[4]: (... فإن فعل هذا ـ مشيراً إلى المطلّقة بالسنّة ـ مائة مرّة هدم ما قبله وحلّت بلا زوج، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثمّ طلّقها ثلاث مرّات يراجعها ويطلّقها

---

(١) الذي أورده ههنا هو لفظ التهذيب.

(٢) الكافي: الطلاق / باب ما يهدم الطلاق ح ٢ ج ٦ ص ٧٧، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ٦ ج ٨ ص ٢٩، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب أقسام الطلاق ح ١٣ (مع ذيله) ج ٢٢ ص ١١٥.

(٣) في بعض النسخ: كما.

(٤) في المصادر الحديثيّة: «عن أبي جعفر عليه السلام» نعم ورد في موضع من الرياض كما هنا.

لم تحلّ له إلّا بزوج)[١]»[٢] بالتقريب السابق، وخروج الذيل عن الحجّيّة بالإجماع والمعتبرة غير ملازم لخروج الجميع عنها، فقد يكون من إلحاق ابن بكير الذي في سنده، وكلامه اجتهاد منه، ويؤيّده تصريح ابن بكير ـ على ما حكي عنه ـ في عدّة من الأخبار[٣] بعدم سماعه عدم اعتبار المحلّل من أحد الأئمّة (صلوات الله وسلامه عليهم) وأنّه من الرأي الذي رآه ورزقه الله إيّاه، هذا.

↑ ج ٣٠ / ٢٢

ولكنّ الجميع كما ترى؛ إذ خبر العلل[٤] ـ مع أنّه من المفهوم الضعيف ـ يمكن إرادة الطلاق في طهر لم يواقعها فيه الذي هو ابتداء العدّة، على نحو قوله تعالى: «فطلّقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدّة»[٥] وحينئذٍ فيندرج فيه الطلاق السنّي المقابل للبدعي الذي هو الطلاق في طهر المواقعة.

وربّما يؤيّد ذلك: أنّ التسع للعدّة لا يكون حقيقةً إلّا بهذا المعنى؛ ضرورة عدم كون التسع للعدّة فيما فرضوه، لما عرفت من خروج كلّ ثالث منه، فليس هو إلّا مجاز[٦] لا قرينة عليه.

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ٢٦ ج ٨ ص ٣٥، الاستبصار: الطلاق / باب ١٦٤ أنّ من طلّق امرأة ح ٢٤ ج ٣ ص ٢٧٦، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب أقسام الطلاق ح ١٦ ج ٢٢ ص ١١٦.

(٢) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١١ ص ٢٥٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب أقسام الطلاق ح ١١ و١٢ ج ٢٢ ص ١١٤.

(٤) الأولى التعبير بـ«خبر الخصال».

(٥) سورة الطلاق: الآية ١.

(٦) الأولى التعبير بـ «مجازاً».

وما في النصّ والفتوى من تفسير الطلاق العدّي بالمراجَع فيه في العدّة مواقعاً فيها ـ في مقابل السنّي ـ لا يقتضي أنّ التسع للعدّة كذلك، بل لعلّه يقضي بخلافه. بل لعلّ ذكرهم التسع مع نصّهم على الحرمة بالمفروض قرينة على عدم ذلك، وإلّا كان مقتضاه تحريمها بالرابعة عشر، فإنّها هي التي تكمل بها التسع للعدّة حقيقةً.

وأمّا الرضوي فهو ـ مع أنّه لم يثبت نسبته إلى الرضا عليه السلام عندنا ـ يجري فيه نحو ذلك.

وأمّا الأخبار الثلاث فلا يخفى تجشّم ما سمعته فيها، بل يمكن القطع بعدم إرادة ذلك منها وإن كان هو مقتضى صناعة الأُصول؛ إذ ليس كلّ ما تقتضيه الصناعة حجّة يعمل عليه مع القطع أو الظنّ المعتدّ به بعدم إرادته، بل فتح الباب المزبور في الخبر الثالث يسقط الأخبار عن الحجّيّة؛ ضرورة قيام احتمال تصرّف الراوي في جميعها، فليس هي إلّا أخبار موافقة لابن بكير وأصحابه، فالمتّجه: إمّا طرحها لمعارضتها بالأقوى منها، أو العمل بها كما تعرفه في محلّه إن شاء الله.

ج ٣٠ / ٢٣

ومن ذلك كلّه توقّف بعض متأخّري الأصحاب[1] في الحكم المزبور، وهو في محلّه، نعم إن تمّ الإجماع المدّعى على عدم اعتبار الطلاق العدّي في «الحرمة حتّى تنكح» في مقابل ابن بكير، وتمّ الإجماع المدّعى أيضاً على اعتبار العدّي في «الحرمة أبداً»، وتمّ

(١) كالشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٢٠، وسبطه في نهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (استيفاء العدد) ج ١ ص ١٨٧.

الإجماع المدّعى أيضاً على تحقّق التسع للعدّة بالمعنى المجازي، ثبت ما ذكروه، وإلّا كان للنظر فيه مجال.

وعليه، فالمتّجه حينئذٍ: الاقتصار عليه؛ وقوفاً فيما[1] خالف الأصل على المتيقّن من النصّ والفتوى، فلا تكفي المتفرّقة ولا يجري الحكم في الأمة؛ لما عرفت من عدم إطلاق يرجع إليه حينئذٍ في صور الشكّ بعد فهم التوالي من النصوص المزبورة، والله العالم.

وربّما يأتي زيادة تحقيق للمسألة في باب الطلاق إن شاء الله.

---

(١) في بعض النسخ: على ما.

﴿السبب الخامس﴾

﴿اللعان﴾

﴿وهــو سـبب لتـحريم المـلاعنة تـحريماً مـؤبّداً﴾ نـصّاً[1] وإجماعاً[2]، ولكن بشروطه[3] الآتية فـي مـحلّه؛ كـأن يـرميها بـالزنا ويدّعي المشاهدة ولا بيّنة، أو ينفي ولدها الجامع لشرائط الإلحاق به، وتنكر ذلك، فتلزمهما حينئذٍ الملاعنة، ويأمرهما الحاكم بـها، فـإذا تلاعنا سقط عنه حدّ القذف وعنها حدّ الزنا، وانتفى الولد عنه، وحرمت عليه مؤبّداً، بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف[4].

ولو لم يدّع المشاهدة أو أقام بيّنة فلا لعان إجماعاً؛ لاشتراطه بعدم الشهداء بنصّ الآية[5].

ج ٣٠ / ٢٤

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من كتاب اللعان ج ٢٢ ص ٤٠٧.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ١٢ ص ٣٠٥، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (الملاعنة) ج ٧ ص ٣٥٦، والحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (اللعان) ج ٢٣ ص ٦٤١.

(٣) في بعض النسخ بدلها: شروطه.

(٤) كما في كفاية الأحكام: اللعان / في الأحكام ج ٢ ص ٤٣٥.

(٥) سورة النور: الآية ٦.

﴿وكذا﴾ في كونه سبباً للحرمة أبداً ﴿قذف الزوجة الصمّاء أو[١] الخرساء بما يوجب اللعان لو لم تكن كذلك﴾ وإن لم يكن لعان بينهما لانتفاء شرطه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه[٢].

مضافاً إلى صحيح أبي بصير أو موثّقه قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام: عن رجل قذف امرأته بالزنا وهي خرساء صمّاء لا تسمع ما قال؟ فقال: إن كان لها بيّنة تشهد لها عند الإمام جلده الحدّ وفرّق بينهما ثمّ لا تحلّ له أبداً، وإن لم يكن لها بيّنة فهي حرام عليه ما أقام معها ولا إثم عليها...»[٣].

وحسن الحلبي ومحمّد بن مسلم عنه عليه السلام: «في رجل قذف امرأته وهي خرساء؟ قال: يفرّق بينهما»[٤].

وخبر محمّد بن مروان عنه عليه السلام: «في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها؟ قال: يفرّق بينهما ولا تحلّ له أبداً»[٥].

وظاهر الأخيرين الاكتفاء بالخرس وحده، بل هو ظاهر الأوّل أيضاً

---

(١) في نسخة الشرائع: و.

(٢) ينظر غنية النزوع: النكاح / المقدّمة ص ٣٣٨، والسرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٢٥، وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ١٢ ص ٣٠٥، والحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (اللعان) ج ٢٣ ص ٦٤١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: الحدود / باب حدّ القذف ح ٥٠٧٣ ج ٤ ص ٥٠، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب اللعان ح ٢ ج ٢٢ ص ٤٢٧.

(٤) الكافي: الطلاق / باب اللعان ح ٩ ج ٦ ص ١٦٤، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ١).

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢٠ ص ١٦٧، و«الوسائل» في الهامش قبله: ح ٤ ص ٤٢٨.

بناءً على رواية الشيخ[١] له هنا بـ«أو»، لكن رواه في باب اللعان[٢] بدونها كالكليني[٣] الذي هو أضبط من الشيخ قطعاً.

لكن ـ مع كون ذلك في كلام السائل، والاقتصار على الخرس في الروايتين، والتعبير بـ«أو» في كلام الأكثر[٤]، بل هو في معقد إجماعي الغنية[٥] ومحكيّ السرائر[٦] ـ يتّجه الاكتفاء بأحدهما.

نعم، في محكيّ التحرير الإشكال في الصمّاء[٧]، وفي المسالك: «هو مبنيّ على اعتبار الأمرين»[٨].

وفيه: أنّه لو كان كذلك لم يخصّ الصمّاء بالإشكال؛ ضرورة كونهما حينئذٍ من وادٍ واحد، بل هو مبنيّ على مفروغيّة سببيّة الخرس وحده للروايتين وإحدى النسختين ومعقد الإجماعين، أمّا الصمم فقد يتوقّف فيه:

من حيث إنّه ليس إلّا في سؤال خبر أبي بصير المحتمل كونه مذكوراً

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٤٦ ج ٧ ص ٣١٠.

(٢) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٨ اللعان ح ٣٤ ج ٨ ص ١٩٣.

(٣) الكافي: الطلاق / باب اللعان ح ١٨ ج ٦ ص ١٦٦.

(٤) كالشيخ في النهاية: الطلاق / باب اللعان ج ٢ ص ٤٥٤، وابن البرّاج في المهذّب: كتاب اللعان ج ٢ ص ٣٠٨، وابن سعيد في الجامع للشرائع: الطلاق / باب اللعان ص ٤٧٩، والعلّامة في التلخيص: النكاح / الفصل الأوّل ص ١٨٤، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧٠١ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٥) غنية النزوع: النكاح / المقدّمة ص ٣٣٨.

(٦) السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٢٥.

(٧) تحرير الأحكام: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ٣ ص ٤٧١.

(٨) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (اللعان) ج ٧ ص ٣٥٧.

فيه لبيان الواقع، لا لأنّ له مدخليّة في الحكم، كما أنّه ليس في الجواب إلّا الحكم المزبور الذي لا إشكال في ثبوته على فرض تماميّة الخرس في التسبيب؛ إذ الصمم إن لم يكن مؤكّداً لم يكن مانعاً، فالعمومات حينئذٍ تقتضي عدم التحريم معه.

ومن الإجماعين المزبورين وإحدى النسختين وظهور السؤال في مدخليّته في الحكم سيّما مع قول السائل: «لا تسمع ما قال» مع تقرير الإمام له، فإذا ثبت أنّ الخرس وحده سبب في الحكم استلزم ذلك ثبوت الصمم[1] وحده أيضاً بعد فرض ظهور الخبر في مدخليّته في الحكم؛ إذ احتمال الإطلاق في سببيّة الخرس وتقييد سببيّة الصمم به لا يرجع إلى محصّل.

ج ٣٠ / ٢٥

نعم، ربّما يقوى في النفس: أنّ الاختلاف المزبور في النصوص للتلازم بين الخرس الخلقي والصمم، ومنه ينقدح تخصيص موضوع هذا الحكم المخالف للأُصول بذلك، أمّا الخرس العارضي ـ بقطع لسان ونحوه ـ وكذلك الصمم، فلا يثبت له هذا الحكم. وهو جيّد جدّاً إن لم يكن إجماع على خلافه.

وعلى كلّ حال، فقد سمعت في المتن وغيره اعتبار ما يوجب اللعان في القذف المسبِّب لذلك، وقد يشكل ذلك: بخلوّ الصحيح والحسن بل ومعقد إجماع الغنية عن ذلك، ومن هنا قال بعضهم: «لولا الإجماع على القيد المزبور لأمكن جعل السبب مطلق[2] قذف

(١) في بعض النسخ: ثبوته بالصمم.

(٢) في بعض النسخ: مطلقاً.

الزوج الصمّاء والخرساء»[١].

لكن قد يقال مضافاً إلى ذلك: إنّ الخبر الثالث وإن لم يكن مقيّداً لهما ـ باعتبار عدم منافاته لهما ـ مشعر بأنّ التفرقة المزبورة هي اللعان بينهما، بل لعلّ السؤال في الخبرين الأوّلين مبنيّ على ذلك؛ بمعنى: أنّ الخرساء والصمّاء التي لا لعان معها باعتبار خرسها وصممها إذا قذفها زوجها كيف الحكم في هذا القذف؟ فأجاب عليه‌السلام بما عرفت، أي أنّ حكم اللعان يجري وإن لم يكن، فيكون هذا هو اللعان بينهما.

وهذا هو المناسب لقاعدة الاقتصار على المتيقّن فيما خالف الأصل والعمومات، ومن هنا قيّد المصنّف وغيره[٢] القذف بما يوجبه، بل هو ظاهر غيره[٣] أيضاً ممّن[٤] ذكره متّصلاً بحكم الملاعنة.

ومن ذلك يعلم: أنّ الحكم ثابت على سببي اللعان، وهو القذف وإنكار الولد، وهذا معنى قوله: «كيف يلاعنها؟!» أي إذا حصل سبب اللعان في غيرها معها كيف يلاعنها؟!

فما وقع من بعضهم[٥]: من التصريح باختصاص الحكم في القذف بالزنا دون نفي الولد، في غير محلّه.

---

(١) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (اللعان) ج ١١ ص ٢٦١.

(٢) كالعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (باقي الأسباب) ج ٣ ص ٣١، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧٠١ ج ٢ ص ٢٤٥.

(٣) كابن إدريس في السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٢٥.

(٤) في بعض النسخ: ممّا.

(٥) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / أسباب التحريم (اللعان) ج ١١ ص ٢٦٢.

كاحتمال: جريان اللعان معها بالإشارة فيه بخلاف الأوّل؛ لما ستعرف من اشتراط اللعان في كلّ من سببيه بعدم الخرس والصمم، كما هو واضح.

بل من ذلك يعلم أيضاً: سقوط ما عن الصدوق: من ثبوت الحكم لو قذفت الزوجة الزوج الأخرس أو الأصمّ[1]، وإن شهد له المرسل الفاقد لشرائط الحجّيّة ـ وإن كان المرسِل ممّن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه على ما رواه الكشّي[2] ـ: «في امرأة قذفت زوجها الأصمّ؟ قال: يفرّق بينهما ولا يحلّ له أبداً»[3].

ج ٣٠ / ٢٦

لكن قد عرفت أنّ هذا الحكم من أحكام اللعان بين الزوجة وزوجها، وهو إنّما في قذف الزوج للزوجة لا العكس.

نعم، لو قلنا: إنّه حكم للقذف من حيث كونه قذفاً ـ ترتّب عليه لعان لولا الآفة أو لم يترتّب ـ أمكن حينئذٍ تعميم الحكم ولو لقاعدة الاشتراك في وجه، ويخرج المرسل حينئذٍ شاهداً.

لكن قد عرفت أنّ الحكم مترتّب عليه من حيث كونه سبب لعان، فلا يتّجه ذلك؛ ولذا لو قذفها على وجهٍ لا يكون لعان به ـ لعدم دعوى المشاهدة، أو لحصول البيّنة... أو لغير ذلك ـ لم يترتّب عليه الحكم المزبور، كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الحدود / باب حدّ القذف ذيل ح ٥٠٧٢ ج ٤ ص ٥٠.

(٢) اختيار معرفة الرجال: ح ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

(٣) الكافي: الطلاق / باب اللعان ح ١٩ ج ٦ ص ١٦٦، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٨ اللعان ح ٣٣ ج ٨ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من كتاب اللعان ح ٣ ج ٢٢ ص ٤٢٨.

﴿السبب السادس﴾

﴿الكفر﴾

﴿والنظر فيه يستدعي بيان مقاصد﴾ :

﴿الأوّل[1]﴾

﴿لا يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيّة إجماعاً﴾ من المسلمين فضلاً عن المؤمنين، وكتاباً[2]، وسنّةً[3].

وما عساه يظهر من محكيّ الخلاف عن بعض أصحاب الحديث من أصحابنا من القول بالجواز[4] ـ مع أنّا لم نتحقّقه ولا نقله غيره ـ مسبوق بالإجماع ﴿و﴾ ملحوق به.

ج ٣٠
٢٧

نعم ﴿في تحريم الكتابيّة من اليهود والنصارى روايتان[5]،

---

(١) في نسخة المسالك بعدها إضافة: فيمن يجوز للمسلم نكاحه.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢١.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٣٣.

(٤) الخلاف: النكاح / مسألة ٨٤ ج ٤ ص ٣١١.

(٥) تأتي الإشارة إلى بعض ما يدلّ على ذلك، وانظر وسائل الشيعة: باب ١ و٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٣٣ وما بعدها.

أشهرهما[١]﴾ عملاً بين المتأخّرين ﴿المنع في النكاح الدائم، والجواز في المؤجّل وملك اليمين﴾ جمعاً بين الدليلين.

لكن لا ريب في دلالة قوله تعالى: «ولا تنكحوا المشـركات...» الآية على منع النكاح مطلقاً؛ لأنّ تعليق النهي على الغاية ـ التـي هـي الإيمان ـ يدلّ على اشتراطه في النكاح.

بل تعقيب النهي بقوله تعالى: «أُولئك يدعون إلى النار والله يـدعو إلى الجنّة»[٢] يقتضي كونه علّة للمنع؛ فإنّ الزوجين ربّما أخذ أحدهما من دين صاحبه فيدعو ذلك إلى دخول النار، وهذا المعنى مطّرد فـي جميع أقسام الكفر، ولا اختصاص له بالشرك.

على أنّه قيل: «إنّ اليهود والنصارى منهم أيضاً؛ لقـول النـصارى بالأقانيم الثلاثة، وقد قال الله تعالى: (وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله)[٣]، وقال أيضاً: (اتّخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله والمسيح ـ إلى أن قال: ـ سبحانه عمّا يشركون)[٤]، والإشراك كما يتحقّق بإثبات إله آخر مع الله سبحانه كذا يتحقّق بإثبات إله غيره، فتكون الآية حينئذٍ دالّة على المطلوب»[٥].

بل لعلّ قوله تعالى: «ومن لم يستطع منكم طولاً...»[٦] الآيـة دالّ على المطلوب أيضاً؛ فإنّه إنّما جوّز نكاح الأمة إن لم يقدر على الحرّة

---

(١) في نسخة الشرائع: أشهرها.
(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢١.
(٣) سورة التوبة: الآية ٣٠.
(٤) سورة التوبة: الآية ٣١.
(٥) مسالك الأفهام (للكاظمي): النكاح / ذيل الآية الثالثة من النوع الثاني ج ٣ ص ٢٣٥.
(٦) سورة النساء: الآية ٢٥.

المؤمنة، فلو جاز نكاح الكافرة لزم جواز نكاح الأمة مع الحرّة الكافرة، ولم يقل به أحد.

ولأنّ التوصيف بالمؤمنات في قوله تعالى: «من فتياتكم المؤمنات»[1] يقتضي أن لا يجوز نكاح الكافرة من الفتيات مع انتفاء الطول، وليس إلّا لامتناع نكاحها مطلقاً؛ للإجماع على انتفاء الخصوصيّة بهذا الوجه، ولأنّ المنع عنها مع انتفاء الطول يقتضي المنع معه بطريق أولى.

↑ ج ٣٠ / ٢٨

وفي المحكي عن نوادر الراوندي بإسناده عن موسى بن جعفر عن آبائه عن عليّ عليهم السلام: «لا يجوز للمسلم التزويج بالأمة اليهوديّة ولا النصرانيّة؛ لأنّ الله تعالى يقول: (من فتياتكم المؤمنات)...»[2].

بل قوله تعالى: «ولا تمسكوا بعصم الكوافر»[3] دالّ على المطلوب أيضاً؛ فإنّ العصم جمع عصمة، وهي ما يعتصم به من عقد أو ملك؛ لأنّ المرأة بالنكاح تعصم من غير زوجها، والكوافر جمع كافرة.

فالمراد: نهي المؤمنين عن المقام على نكاح الكافرات؛ لانقطاع العصمة بينهما بالإسلام، وقد روي: «إنّها لمّا نزلت أطلق المسلمون نساءهم اللاتي لم يهاجرن حتّى تزوّج بهنّ الكفّار»[4].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) نوادر الراوندي: ح ٤١٦ ص ٢١١ (ليس واضحاً كونه عن موسى بن جعفر عليهما السلام). بحار الأنوار: النكاح / باب ٢٢ ح ٢٠ ج ١٠٠ ص ٣٨٠.

(٣) سورة الممتحنة: الآية ١٠.

(٤) تفسير الثعلبي: ج ٩ ص ٢٩٥. تفسير الطبري: ج ٢٢ ص ٥٨٣. تفسير البغوي: ج ٤ ص ٣٣٣. تفسير الآلوسي: ج ٢٨ ص ٧٨.

وفي مرسل عليّ بن إبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام في تفسيرها: «من كانت عنده امرأة كافرة على غير ملّة الإسلام وهو على ملّة الإسلام فليعرض عليها الإسلام؛ فإن قبلت فهي امرأته، وإلّا فهي بريئة منه، نهى الله أن يمسك بعصمهم»[١].

ومتى ثبت انقطاع العصمة الثابتة بالنكاح السابق لزم منه عدم تأثير اللاحق، بل لعلّه أولى، بل يمكن إرادة الأعمّ من السابق واللاحق من الإمساك المنهي عنه فيها، فإنّ الاستدامة من لوازم التحصيل عادةً، والمنع من اللازم يقتضي المنع من الملزوم.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في دلالتها على ذلك من غير اختصاص بالمشركات وإن نزلت فيهنّ على ما قيل[٢]؛ لأنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

مضافاً: إلى موثّق ابن الجهم قال: «قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمّد، ما تقول في رجل يتزوّج نصرانيّة على مسلمة؟ قلت: جعلت فداك، وما قولي بين يديك؟! قال: لتقولنّ، فإنّ ذلك تعلم به قولي، قلت: لا يجوز تزويج نصرانيّة على مسلمة ولا على غير مسلمة، قال: ولِمَ؟ قلت: لقول الله (عزّ وجلّ): (ولا تنكحوا المشركات...) ـ إلى آخرها ـ قال: فما تقول في هذه الآية: (والمحصنات من الذين

↑ ج ٣٠ / ٢٩

---

(١) تفسير القمّي: ذيل الآية ١٠ من سورة الممتحنة ج ٢ ص ٣٦٣، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٧ ج ٢٠ ص ٥٤٢.

(٢) مجمع البيان: ذيل الآية ١٠ من سورة الممتحنة ج ٩ ـ ١٠ ص ٤١٢، تفسير الدرّ المنثور: ج ٨ ص ١٣٨، تفسير الطبري: ج ٢٢ ص ٥٨٥، وصرّح بنزولها في ذلك ـ وإن آمن بالتعميم ـ في التبيان: ج ٩ ص ٥٨٥.

أُوتوا الكتاب)؟ قلت: قوله: (ولا تنكحوا المشركات) نسخت هذه الآية، فتبسّم ثمّ سكت»[١].

وإلى خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «لا ينبغي نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك، وأين تحريمه؟ قال: قوله: (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)»[٢].

وصحيحه الآخر: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن قول الله سبحانه: (والمحصنات...) ـ إلى آخرها ـ؟ قال: هذه منسوخة بقوله: (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)»[٣].

وإلى خبر مسعدة بن صدقة[٤] المروي عن تفسير العيّاشي قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: (والمحصنات...) ـ إلى آخرها ـ قال: نسختها (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)»[٥].

وإلى ما عن الطبرسي أنّه روى عند قوله تعالى: «والمحصنات...» عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام: «أنّه منسوخ بقوله تعالى:

---

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّيّة ح ٦ ج ٥ ص ٣٥٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١ ج ٧ ص ٢٩٧، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٣ ج ٢٠ ص ٥٣٤.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٧ ص ٣٥٨، و«التهذيب»: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٤.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٨ ص ٣٥٨، و«التهذيب»: ح ٣ ص ٢٩٨، و«الوسائل»: ح ١ ص ٥٣٣.

(٤) في تفسير العيّاشي بدلها: عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٥) تفسير العيّاشي: سورة المائدة ح ٣٨ ج ١ ص ٢٩٦، مستدرك الوسائل: باب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ١٤ ص ٤٣٣.

(ولا تنكحوا المشركات)»[١].

بل قيل: «إنّ المراد بالمحصنات: اللاتي أسلمن منهنّ، وبالمحصنات من المؤمنات: اللاتي كنّ في الأصل مؤمنات بأن ولدن على الإسلام؛ لما حكي أنّ قوماً كانوا يتحرّجون من العقد على من أسلمت عن كفر، فبيّن سبحانه أنّه لا حرج في ذلك، فلذا أفرده بالذكر»[٢].

ج ٣٠ / ٣٠

وإلى قوله تعالى: «لا تجد قوماً يؤمنون بالله...»[٣] إلى آخرها، فإنّ التزويج بهنّ مودّة، خصوصاً بعد قوله تعالى: «وجعل بينكم مودّة ورحمة»[٤].

وإلى قوله تعالى: «لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنّة»[٥]؛ فإنّ نفي الاستواء يقتضي نفيه من جميع الوجوه التي منها المناكحة.

ومن ذلك كلّه ذهب المفيد[٦] والمرتضى[٧] وابن إدريس[٨] فيما حكي عنه إلى المنع مطلقاً حتّى الوطء بملك اليمين الذي هو أحد العصم، بل ادّعى المرتضى منهم الإجماع على ذلك.

---

(١) مجمع البيان: ذيل الآية ٥ من سورة المائدة ج ٣ ص ٢٥١، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٧ ج ٢٠ ص ٥٣٥.

(٢) انظر «مجمع البيان» في الهامش السابق.

(٣) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٤) سورة الروم: الآية ٢١.

(٥) سورة الحشر: الآية ٢٠.

(٦) المقنعة: النكاح / باب من يحرم نكاحهنّ ص ٥٠٠ (وسيأتي في ص ٧٠ أنّه جوّز وطأهنّ بملك اليمين).

(٧) الانتصار: مسألة ١٥٥ ص ٢٧٩.

(٨) السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٤١ ـ ٥٤٢.

إلّا أنّ التحقيق: الجواز مطلقاً ـ وفاقاً للحسن[١] والصدوقين[٢] ـ على كراهيّة متفاوتة في الشدّة والضعف بالنسبة إلى الدائم والمنقطع وملك اليمين، وبالنسبة إلى من يستطيع نكاح المسلمة وغيره، وبالنسبة لمن يكون عنده المسلمة وغيره، وبالنسبة إلى البله منهنّ وغيرها، كما أومأت إلى ذلك كلّه النصوص التي ستسمعها.

لقوله تعالى: «والمحصنات...»[٣] إلى آخرها التي هي من سورة المائدة المشهورة في أنّها محكمة لا نسخ فيها:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «إنّ سورة المائدة آخر القرآن نزولاً، فأحلّوا حلالها وحرّموا حرامها»[٤].

↑ ج ٣٠ / ٣١

والمروي عن الطبرسي عن العيّاشي بإسناده و[٥]عيسى بن عبد الله عن أبيه عن جدّه عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً، وإنّما يؤخذ من رسول الله صلى الله عليه وآله بآخره، وكان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة، نسخت ما قبلها ولم ينسخها شيء، لقد نزلت عليه وهو على بغلة شهباء، وقد ثقل عليه الوحي حتّى وقفت وتدلّى بطنها حتّى رأيت سرّتها تكاد تمسّ الأرض، وأعيى وأُغمي على رسول الله صلى الله عليه وآله حتّى وضع يده على ذؤابة شيبة بن وهب الجمحي، ثمّ

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٧٣.

(٢) نقله عن الوالد في المختلف: (انظر المصدر السابق)، وقاله الولد في المقنع: باب النكاح ص ٣٠٨.

(٣) سورة المائدة: الآية ٥.

(٤) تخريج الأحاديث (للزيلعي): ح ٣٩١ ج ١ ص ٣٧٧، تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٦٠٢، تفسير الثعلبي: ج ٤ ص ٥، تفسير البيضاوي: ج ١ ص ٤١٣.

(٥) في المصدر بدلها: عن.

رفع ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وآله، فقرأ علينا رسول الله صلى الله عليه وآله سورة المائدة، فعمل رسول الله صلى الله عليه وآله وعملنا»[١].

والمروي مرسلاً عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى: «لا تحلّوا شعائر الله...»[٢] الآية: «إنّه لم ينسخ من هذه السورة شيء ولا من هذه الآية؛ لأنّه لا يجوز أن يبتدأ المشركون في أشهر الحرم بالقتال إلّا إذا قاتلوا»[٣]. وفيه ردّ على من زعم أنّ قوله تعالى: «ولا الشهر الحرام»[٤] منسوخ بقوله: «فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم»[٥].

وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعته يقول: جمع عمر ابن الخطّاب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وفيهم عليّ عليه السلام، فقال: ما تقولون في المسح على الخفّين؟ فقام المغيرة بن شعبة، فقال: رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله يمسح على الخفّين، فقال عليّ عليه السلام: قبل المائدة أو بعدها؟ فقال: لا أدري، فقال عليّ عليه السلام: سبق الكتاب الخفّين، إنّما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثة»[٦].

والمروي عن العيّاشي عن زرارة وأبي حنيفة[٧] عن أبي بكر بن حزم

---

(١) مجمع البيان: سورة المائدة / المقدّمة ج ٣ ص ٢٣١.

(٢) سورة المائدة: الآية ٢.

(٣) مجمع البيان: ذيل الآية ٢ من سورة المائدة ج ٣ ص ٢٣٩.

(٤) سورة المائدة: الآية ٢.

(٥) سورة التوبة: الآية ٥.

(٦) تهذيب الأحكام: الطهارة / باب ١٦ صفة الوضوء ح ٢١ ج ١ ص ٣٦١. وسائل الشيعة: باب ٣٨ من أبواب الوضوء ح ٦ ج ١ ص ٤٥٨.

(٧) لم تظهر في نسختنا من تفسير العيّاشي عبارة: «زرارة وأبي حنيفة» بل يوجد بدلها بياض.

قال: «توضّأ رجل فمسح على خفّيه فدخل المسجد فصلّى، فجاء عليّ عليه السلام فوطئ على رقبته، فقال: ويلك تصلّي على غير وضوء؟! فقال: أمرني عمر بن الخطّاب، قال: فأخذ بيده فانتهى به إليه، فقال: انظر ما يروي هذا عليك؟! ورفع صوته، فقال: نعم أنا أمرته، إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله مسح على الخفّين، قال: قبل المائدة أو بعدها؟ قال: لا أدري، قال: فلِمَ تفتي وأنت لا تدري؟! سبق الكتاب الخفّين»[1].

بل يدلّ على انتفاء النسخ في خصوص الآية ـ بل هي ناسخة لما ادّعوا نسخها به ـ ما رواه السيّد في المحكي من رسالة المحكم والمتشابه نقلاً عن تفسير النعماني بإسناده عن عليّ عليه السلام قال: «وأمّا الآيات التي نصفها منسوخ ونصفها متروك بحاله لم ينسخ وما جاء من الرخصة في العزيمة، فقوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات...) ـ إلى آخرها ـ وذلك أنّ المسلمين كانوا ينكحون في أهل الكتاب من اليهود والنصارى وينكحونهم؛ حتّى نزلت هذه الآية نهياً أن ينكح المسلم في المشرك أو ينكحونه، ثمّ قال الله تعالى في سورة المائدة ما نسخ هذه الآية، فقال: (والمحصنات...) ـ الآية ـ فأطلق الله تعالى مناكحتهنّ بعد أن كان نهى، وترك قوله: (ولا تنكحوا المشركين حتّى يؤمنوا) على حاله لم ينسخه»[2].

---

(١) تفسير العيّاشي: سورة المائدة ح ٤٦ ج ١ ص ٢٩٧، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب صفات القاضي ح ٤٨ ج ٢٧ ص ٦٠.

(٢) المحكم والمتشابه: ص ٢٨، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٦ ج ٢٠ ص ٥٣٨.

بل يشهد له أيضاً: ما ذكره الثقة الجليل عليّ بن إبراهيم في تفسيره عند قوله تعالى: «ولا تنكحوا...» الآية: «هي منسوخة بقوله تعالى في سورة المائدة: (اليوم...)» الآية، ثمّ قال: «نسخت هذه الآية قوله: (ولا تنكحوا المشركات) وترك قوله: (ولا تنكحوا المشركين) على حاله لم ينسخ؛ لأنّه لا يحلّ للمسلم أن ينكح المشرك، ويحلّ له أن يتزوّج المشركة من اليهود والنصارى»[١]. فإنّه وإن لم يسنده إلى حجّة، إلّا أنّ الظاهر كونه مأخوذاً عنهم عليهم السلام كما يشهد به طريقة المحدّثين ـ وخصوصاً فيما طريقه النقل ـ من نقل متون الأخبار بحذف الإسناد كأنّه من كلامهم.

↑ ج ٣٠ / ٣٢

ومن ذلك كلّه يظهر لك ما في المحكي عن جماعة[٢] من منع كون سورة المائدة محكمة؛ لاشتمالها على ما هو منسوخ، وعدّوا منه قوله تعالى: «فاعف عنهم واصفح»[٣] وقوله تعالى: «ما على الرسول إلّا البلاغ»[٤] وقوله تعالى: «يا أيّها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضرّكم من ضلّ إذا اهتديتم»[٥] فإنّها جميعها منسوخة بآية السيف، وهي قوله تعالى: «واقتلوهم حيث وجدتموهم»[٦]. على أنّ ذلك ليس من النسخ قطعاً.

---

(١) تفسير القمّي: المقدّمة، وذيل الآية ٢٢١ من سورة البقرة ج ١ ص ١٢ ـ ١٣ و٧٣.

(٢) الناسخ والمنسوخ (لابن حزم): ص ٣٥ ـ ٣٦، نواسخ القرآن (لابن الجوزي): ص ١٣٩...

(٣) سورة المائدة: الآية ١٣.

(٤) سورة المائدة: الآية ٩٩.

(٥) سورة المائدة: الآية ١٠٥.

(٦) سورة النساء: الآية ٨٩.

وأيضاً: فإنّ الروايات السابقة الدالّة على نسخ آية المائدة منها ما دلّ على أنّها منسوخة بقوله تعالى: «ولا تمسكوا» ومنها ما دلّ على أنّها منسوخة بقوله تعالى: «ولا تنكحوا...» إلى آخره، ومن المعلوم أنّ النسخ بأحدهما لا يجتمع مع النسخ بالأُخرى؛ لاستحالة نسخ الشيء ورفعه بعد زواله وارتفاعه.

ومنه يعلم: أنّ ما تضمّنته رواية الطبرسي من إسناد النسخ إليهما معاً خلاف ما يقتضيه الاعتبار.

إلّا أن يقال: إنّ الناسخ هو إحدى الآيتين خاصّة، وإنّما أُضيف النسخ إلى الأُخرى لكونها بمنزلة الناسخ ـ من حيث الدلالة على ما يخالف حكم المنسوخ وإن حصل الرفع بغيرها ـ أو ما من شأنه النسخ به.

أو يقال: بتكرّر النسخ، وأنّ المنسوخ هو حلّ الكتابيّة لا من حيث استفادته من خصوص الآية، بل حلّها مطلقاً وإن كان لأجل السنّة.

لكنّ الكلّ كما ترى.

↑ ج ٣٠ / ٣٤

وأيضاً: قد عرفت أنّ الظاهر من آية النهي عن الإمساك المنع عن البقاء على نكاح الكوافر واستدامته كما نصّ عليه المفسّرون[1]، فيشكل الحكم بكونه ناسخاً لحلّ الكتابيّة؛ للإجماع على بقاء النكاح إذا أسلم زوج الذمّيّة دونها وإن اختلفوا في جواز نكاحها ابتداءً وعدمه، ولا تجدي أولويّة المنع عن الابتداء بعد انتفاء حكم الأصل.

---

(١) تفسير ابن كثير: ج ٤ ص ١٨٨٠.

نعم، يصحّ جعل الآية ناسخة لو حمل الإمساك على ما يعمّ الابتداء والاستدامة، لكنّه خلاف المتبادر من اللفظ، ولذا لم يذكره المفسّرون.

وأمّا النسخ بقوله تعالى: «ولا تنكحوا المشركات» فيتوجّه عليه: منع دخول الكتابيّة في المشركة؛ لأنّ المتبادر من الشرك في إطلاق الشرع غير أهل الكتاب، كما يؤيّده عطف المشركين على أهل الكتاب وبالعكس في كثير من الآيات[1]، وهذا لا ينافي اعتقادهم ما يوجب الشرك؛ إذ ليس الغرض نفي الشرك عنهم، بل عدم تبادره من إطلاق لفظ المشرك.

وادّعاء النسخ بالآية ـ لفهم العموم منها بالقرائن ـ وإن كان ممكناً، إلّا أنّه خلاف ظاهر الرواية الدالّة على النسخ بها من غير التفات إلى قرائن العموم، فوجب حينئذٍ طرح ما دلّ على ذلك أو تأويله.

على أنّ خبر ابن الجهم ليس فيه إلّا أنّه تبسّم وسكت، ويمكن أن يكون تبسّمه على اشتباهه، خصوصاً والإمام عليه السلام سأله عن تزويج النصرانيّة على المسلمة، الظاهر في المفروغيّة من جواز نكاحها لا على مسلمة.

وأيضاً: صدّر آية المائدة بقوله تعالى: «اليوم أُحلّ...»[2] إلى آخره، المراد منه ـ بحسب الظاهر ـ ما تعلّق بالكتابيّين، فإنّه ظاهر في تجدّد الحلّ ورفع الحرمة السابقة، فهو حينئذٍ كالصريح في أنّه ناسخ لا منسوخ.

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٠٥، سورة البيّنة: الآية ١ و٦.

(٢) سورة المائدة: الآية ٥.

على أنّه لو أغضينا عن ترجيح ما ذكرناه وقلنا: إنّ خبر الواحد لا[١] يثبت به النسخ ولا[٢] الناسخ، فلا أقلّ من التعارض، ولا ريب في أنّ التخصيص أولى من النسخ، وهو حاصل بتحكيم سورة المائدة.

↑ ج ٣٠ / ٣٥

هذا كلّه مضافاً إلى موافقة ذلك للنصوص المستفيضة أو المتواترة الدالّة على جواز نكاح الكتابيّة منطوقاً ومفهوماً.

كصحيح ابن وهب وغيره ـ المروي في الكافي[٣] والفقيه[٤] ـ عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل المؤمن يتزوّج النصرانيّة واليهوديّة؟ قال: إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهوديّة والنصرانيّة؟! فقلت: يكون له فيها الهوى، فقال: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير، واعلم أنّ عليه في دينه في تزويجه إيّاها غضاضة»[٥].

ومنه يعلم الكراهة لمن يجد المسلمة في خبر محمّد عن أبي جعفر عليه السلام: «لا ينبغي للمسلم أن يتزوّج يهوديّة ولا نصرانيّة وهو يجد مسلمة حرّة أو أمة»[٦]. مضافاً إلى إشعار لفظ «لا ينبغي» فيه، وإلى خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبي وأنا أسمع: عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة؟ فقال: نكاحهما أحبّ إليّ من نكاح

(١ و٢) ضرب في بعض النسخ على «لا» في الموضعين.

(٣) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ١ ج ٥ ص ٣٥٦.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح /باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح٤٤٢٢ ج٣ ص٤٠٧.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٣٦.

(٦) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ٩ و١٠ ج ٥ ص ٣٥٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٨ ج ٧ ص ٢٩٩، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢).

الناصبيّة، وما أُحبّ للرجل المسلم أن يتزوّج اليهوديّة ولا النصرانيّة؛ مخافة أن يتهوّد ولده أو يتنصّروا»[١].

فما عن أبي علي: من حرمة النكاح اختياراً والجواز اضطراراً[٢]؛ للخبر المزبور، وخبر حفص بن غياث قال: «كتب إليّ بعض إخواني أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل، فسألته عن الأسير هل له أن يتزوّج في دار الحرب؟ فقال: أكره ذلك، فإن فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام، وهو نكاح، وأمّا في الترك والديلم والخزر فلا يحلّ له ذلك»[٣] ونحوه كخبر الخزّاز عنه عليه السلام أيضاً[٤].

واضح الضعف، على أنّ خبر حفص لا صراحة فيه بل ولا ظهور في اشتراط الاضطرار المزبور في الجواز، بل هو في الدلالة على عدمه أظهر، فيندرج حينئذٍ في أدلّة المختار، التي:

ج ٣٠ / ٣٦

منها: ما عرفت.

ومنها أيضاً: موثّق سماعة: «سألته عن اليهوديّة والنصرانيّة،

(١) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ١٥ ج ٥ ص ٣٥١، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١٠، وذيله في باب ١ منها ح ٥ ج ٢٠ ص ٥٣٤ و٥٥٢.

(٢) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٧٤.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٩ ج ٧ ص ٢٩٩، الاستبصار: النكاح / باب ١١٧ تحريم نكاح الكوافر ح ٩ ج ٣ ص ١٨٠، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٣٧.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٨ ج ٧ ص ٤٣٣، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش السابق).

أيتزوّجها الرجل على المسلمة؟ قال: لا، ويتزوّج المسلمة على اليهوديّة والنصرانيّة»[١] الذي منه تظهر دلالة القيد في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام: «لا يتزوّج اليهوديّة والنصرانيّة على المسلمة»[٢]، بل وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يتزوّج اليهوديّة ولا النصرانيّة على حرّة متعة وغير متعة»[٣].

ومنها: خبر أبي بصير أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل له امرأة نصرانيّة، له أن يتزوّج عليها يهوديّة؟ فقال: إنّ أهل الكتاب مماليك للإمام، وذلك موسّع منّا عليكم خاصّة فلا بأس أن يتزوّج. قلت: فإنّه يتزوّج عليها أمة؟ قال: لا يصلح له أن يتزوّج ثلاث إماء، فإن تزوّج عليها حرّة مسلمة ولم تعلم أنّ له امرأة نصرانيّة ويهوديّة ثمّ دخل بها فإنّ لها ما أخذت من المهر، فإن شاءت أن تقيم بعدُ معه أقامت، وإن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، وإذا حاضت ثلاث حيض أو مرّت ثلاثة أشهر حلّت للأزواج. قلت: فإن طلّق عليها اليهوديّة والنصرانيّة قبل أن تنقضي عدّة المسلمة، له عليها سبيل أن يردّها إلى منزله؟ قال: نعم»[٤].

---

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ٥ ج ٥ ص ٣٥٧، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٢ ج ٢٠ ص ٥٤٤.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ١.

(٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٥٨٨ ج ٣ ص ٤٦٠، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ٥ ص ٥٤٥).

(٤) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ١١ ج ٥ ص ٣٥٨، تهذيب الأحكام: النكاح / ←

وخبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام : «سألته عن رجل تزوّج ذمّيّة على مسلمة ولم يستأمرها؟ قال : يفرّق بينهما . قلت : فعليه أدب؟ قال : نعم ، اثنا عشر سوطاً ونصف ـ ثُمن حدّ الزاني ـ وهو صاغر . قلت : فإن رضيت المرأة الحرّة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل؟ قال : لا يضرب ولا يفرّق بينهما ، يبقيان على النكاح الأوّل»[1] .

وخبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام : «في رجل تزوّج ذمّيّة على مسلمة؟ قال : يفرّق بينهما ويضرب ثُمن الحدّ ، اثنا عشر سوطاً ونصف ، فإن رضيت المسلمة ضرب ثمن الحدّ ولم يفرّق بينهما . قلت : كيف يضرب النصف؟ قال : يؤخذ السوط بالنصف فيضرب به»[2] .

↑ ج ٣٠ / ٣٧

وخبر أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام : «سألته عن طعام أهل الكتاب ونكاحهم ، حلال هو؟ فقال : نعم ، قد كانت تحت طلحة يهوديّة»[3] .

← باب ٤١ من الزيادات ح ٥ ج ٧ ص ٤٤٩، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٤٥.

(١) الكافي: الحدود / باب ما يجب فيه التعزير ح ٨ ج ٧ ص ٢٤١، تهذيب الأحكام: الحدود / باب ١٠ من الزيادات ح ٣ ج ١٠ ص ١٤٤، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من أبواب حدّ الزنا ح ١ ج ٢٨ ص ١٥١.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٧٨ ج ٣ ص ٤٢٦، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٤٤.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٤ ج ٧ ص ٢٩٨، الاستبصار: النكاح / باب ١١٧ تحريم نكاح الكوافر ح ٤ ج ٣ ص ١٧٩، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٣ ج ٢٠ ص ٥٤١.

وصحيح محمّد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً: «سألته عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة؟ فقال: لا بأس به، أما علمت أنّه كان تحت طلحة بن عبد الله[1] يهوديّة على عهد النبيّ صلى الله عليه وآله؟!»[2].

ومنها: خصوص ما جاء في المتعة؛ كمرسل ابن فضّال عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن يتمتّع الرجل باليهوديّة والنصرانيّة وعنده حرّة»[3].

وخبر زرارة[4]: «سمعته عليه السلام يقول: لا بأس أن يتزوّج اليهوديّة والنصرانيّة، فقال: لا بأس به يعني متعة»[5].

وخبر الأشعري: «سألته عليه السلام عن الرجل يتمتّع من اليهوديّة والنصرانيّة؟ فقال: لا أرى بذلك بأساً...»[6] الحديث.

وخبر الحسن التغلبي[7]: «سألت الرضا عليه السلام: أنتمتّع من اليهوديّة

---

(١) في المصدر: طلحة بن عبيد الله.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٥، و«الاستبصار»: ح ٥، و«الوسائل»: ح ٤.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٢٨ ج ٧ ص ٢٥٦، الاستبصار: النكاح / باب ٩٣ أنّه لا ينبغي أن يتمتّع إلّا... ح ٧ ج ٣ ص ١٤٤، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٣٩.

(٤ و٥) حصل مزج بين مقطع من خبر زرارة ومقطع من خبر محمّد بن سنان الذي ورد في الوسائل بعد خبر زرارة مباشرة، انظر تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٢٩ و٣١ ج ٧ ص ٢٥٦، ووسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب المتعة ح ٣ و٤ ج ٢١ ص ٣٧ و٣٨.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٠، و«الوسائل»: ح ١ ص ٣٧.

(٧) في المصدر: الحسن التفليسي.

والنصرانيّة؟ فقال: تتمتّع من الحرّة المؤمنة أحبّ إليّ، وهي أعظم حرمة منها»[١].

ج ٣٠ / ٣٨

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك.

مضافاً إلى ما عن المبسوط من أنّه «قد أجاز أصحابنا كلّهم التمتّع بالكتابيّة ووطءها بملك اليمين»[٢].

إلّا أنّ النصوص جميعها ـ كما ترى ـ لا تفصيل في شيء منها بالدائم والمؤجّل[٣] وملك اليمين الذي اختاره المصنّف وغيره[٤]، بل قيل: إنّه المشهور[٥]، بل ظاهر بعضها أو صريحه التعميم زيادةً على إطلاق النكاح والتزويج الذي إن لم يكن ظاهراً في الدوام فلا ريب في تناوله لهما معاً.

ودعوى[٦]: ظهور الآية[٧] في المتعة ـ باعتبار ذكر الأجر فيها الظاهر

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٥٨٩ ج ٣ ص ٤٦٠. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٣٤ ج ٧ ص ٢٥٦. وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٢٦.

(٢) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٠.

(٣) في بعض النسخ بدلها: والمنقطع.

(٤) كسلّار في المراسم: النكاح / شرائط الأنكحة ص ١٤٨، والعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٣٨، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١.

(٥) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٦٤.

(٦) كما في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): المناكح / مصباح: الأُولى منكوحة الأب ورقة ٢٨٣ (مخطوط).

(٧) سورة النساء: الآية ٢٥.

في عوضها ـ دون الدائم ؛ فإنّ عوضه يسمّى بالمهر والصداق ونحوهما .

يدفعها : ـ مع أنّه لا دلالة فيها على التفصيل المنافي للإطلاق ، بل هي حينئذٍ كأخبار المتعة ـ منع اختصاص لفظ الأجر في ذلك ، ومنع انصرافه إليه ، بل اُطلق في الكتاب والسنّة على المهر باعتبار كونه عوض ملك منفعة البضع .

على أنّ الآية قد اشتملت على المحصنات من المؤمنات والمحصنات من أهل الكتاب ، والمراد اُجور الجميع ، ولا ريب في عدم اختصاص الجواز في المؤمنات بالتمتّع . واحتمال : اختصاص القيد بالكتابيّات ، يدفعه : ظهور الآية في خلافه .

وخبر زرارة المشتمل على التفسير بالمتعة ـ مع أنّه منه لا من الإمام عليه السلام[1] ـ لا يقتضي التقييد ؛ إذ أقصاه أنّ مراد الإمام عليه السلام في خصوص الخبر المزبور من التزويج المتعة .

ودعوى[2] : حمل جميع ما دلّ على جواز الدوام على التقيّة .

يدفعها : أنّ جملة من رواة تلك النصوص ممّن لا يعطون من جراب النورة ، على أنّ فيها ما ينافي التقيّة كالخبر المشتمل على كونهنّ ملكاً للإمام ، وغيره .

كلّ ذلك مع عدم المعارض الذي يحمل لأجله الخبر على التقيّة

(١) انظر هامش (٤ و٥) من ص ٦٦.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢٤ ص ١٤.

المسقطة لحجّيّته، وعدم الإشعار في شيء منها بذلك كما هو المتعارف في الأخبار الواردة مورد التقيّة. والاستدلال بفعل طلحة باعتبار تقرير النبيّ ﷺ له عليه، فلا دلالة فيه على ذلك، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٣٩

وكذا المناقشة فيها: باشتمالها على اعتبار المنع من أكل لحم الخنزير وشرب الخمر، وهو غير شرط في صحّة النكاح ولا واجب من حيث كونها زوجة، ووجوبه من حيث الأمر بالمعروف خارج عمّا نحن فيه، واشتمال الآخر على اختصاص التوسعة بالشيعة، وعلى معاملتهنّ معاملة الأمة في عدم جواز الجمع بين الثلاث منهنّ، وعدم نكاحهنّ على المسلمة، والخيار للمسلمة لو نكحت عليهنّ وهي غير عالمة، وأنّ له الرجوع على المسلمة في عدّة الفسخ لو طلّق اليهوديّة... وغير ذلك ممّا لا يلتزمه القائل بالجواز.

يدفعها: عدم سقوط الخبر عن الحجّيّة بذلك، على أنّ الصدوق[1] وابنه[2] قد أفتيا بمضمون الصحيح المشتمل على المنع من لحم الخنزير وشرب الخمر، فلعلّهما يعملان به بالنسبة إلى ذلك، وإن كان الأقوى خلافه؛ لإطلاق النصوص.

نعم، لا يبعد الاستحباب المؤكّد ـ أو الوجوب ـ مع التمكّن ولو بالاشتراط في عقد النكاح، كما أنّه لا يبعد الكراهة في نكاحها على

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٧٣.

(٢) المقنع: باب النكاح ص ٣٠٨.

المسلمة احتراماً لها ، بل لعلّ الرجوع إليها بعد الطلاق دليل على عدم كون الفسخ حقيقة ، وأنّها باقية على حباله .

كلّ ذلك بعد فرض الإجماع على عدم هذه الأحكام فيهنّ ، كما هو واضح .

ومن ذلك كلّه يظهر لك : أنّ مختار المصنّف وغيره من التفصيل في غاية الضعف .

وأضعف منه : اختصاص الجواز بملك اليمين كما هو ظاهر المفيد[١]، وكذا القول[٢] بالتفصيل بين الاضطرار وغيره في الدائم والجواز مطلقاً متعةً ؛ فإنّ جميع ذلك منافٍ للعمومات ولما سمعته من الكتاب والسنّة ، السالمة عن معارضة ما عدا التعميم والتخصيص ، إلّا ما تقدّم من النصوص المتضمّنة لنسخ آية المائدة بآية «ولا تمسكوا...» وبآية «ولا تنكحوا...» وقد عرفت الحال فيها وقصورها عن المعارضة من وجوه .

ج ٣٠ / ٤٠

وآية المحادّة ـ بعد منع كون التزويج موادّة ، فإنّه ربّما كان للحاجة دون المحبّة ، وآية «وجعل بينكم مودّة ورحمة»[٣] محمولة على الغالب ؛ لتحقّق النشوز والشقاق المنافيين للمودّة قطعاً ـ ظاهرة في أنّ

(١) المقنعة: النكاح / باب العقود على الإماء، وباب السراري ص ٥٠٨ و٥٤٣.

(٢) اختاره الشيخ في النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٢٩٩، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / مقدّمة الكتاب ص ٢٩٠.

(٣) سورة الروم: الآية ٢١.

المراد موادّة المحادّ من حيث المحادّة ؛ لتعليقها على الوصف الظاهر في العلّيّة ؛ إذ الموادّة لا من تلك الجهة لا تكون داخلة تحت الاختيار، فلا يتوجّه النهي إليها.

ولا يصحّ الحمل على اللوازم ؛ لجواز صلة المحادّ، لقوله تعالى: «وصاحبهما في الدنيا معروفاً»[١]، وقوله صلّى الله عليه وآله: «لكلّ كبد حرّى أجر»[٢]. ولا ريب في تحريم الموادّة من حيث المحادّة، بل منافاتها للإيمان، فإنّه ومحبّة الكفر ممّا لا يجتمعان.

وحينئذٍ فالآية محمولة على ظاهرها، ولا حاجة فيها إلى تأويل قوله تعالى: «لا تجد» بما قيل[٣] من أنّ المعنى لا ينبغي أن تجدوا، فإنّه إنّما يحتاج إلى ذلك لو أُريد بالموادّة مطلق المحبّة، وقد عرفت فساده.

بل لعلّ الغرض من هذا الحكم نفي الإيمان عن الذين كانوا يدّعون الإيمان ويضمرون الموادّة للكفّار المعلنين بالكفر، وهم المنافقون الذين كان يعرفهم النبيّ صلّى الله عليه وآله بلحن القول وإشارات الوحي، وإنّما ترك التصريح لأنّ الكناية أوفق بالبلاغة وأدعى إلى الرجوع إلى الحقّ، ولما في التصريح من خشية تظاهرهم بالأمر ولحوقهم بالكفّار الداعي

---

(١) سورة لقمان: الآية ١٥.

(٢) بحار الأنوار: أبواب آداب العشرة / باب ٢٣ ذيل ح ٦٣ ج ٧١ ص ٣٧٠. مسند أحمد: ج ٢ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣. سنن ابن‌ماجة: ح ٣٦٨٦ ج ٢ ص ١٢١٥. مجمع الزوائد: ج ٦ ص ٥٤. كنز العمّال: ح ١٦٣٤٦ ـ ١٦٣٤٨ ج ٦ ص ٤١٩. مسند أبي يعلى: ح ١٥٦٨ ج ٣ ص ١٣٧.

(٣) تفسير الكشّاف: ج ٤ ص ٤٩٧.

إلى تقوية الكفر وضعف الإسلام لكثرة المنافقين في عصره ﷺ، ولا ريب في نقضه للغرض.

ج ٣٠ / ٤١

أمّا آية الاستواء فهي أجنبيّة عمّا نحن فيه، على أنّها هي وغيرها من الآيات معارضة لآية المائدة بالعموم الذي لا يعارض الخاصّ.

وأمّا احتمال إرادة المسلمات من «المحصنات من الذين أُوتوا الكتاب»[١]، فتخرج عن أصل المعارضة.

فيدفعه: أنّه منافٍ للظاهر، خصوصاً مع المقابلة بالمحصنات من المؤمنات واتّصال هذا الحكم بأحكام أهل الكتاب الثابتين على الكفر في قوله تعالى: «وطعام الذين أُوتوا الكتاب حلّ...»[٢] إلى آخره، فإنّه لا ريب في أنّ المراد من «أهل الكتاب» من ثبت منهم على الكفر دون من أسلم باتّفاق المفسّرين ـ على ما قيل[٣] ـ والنصوص الواردة في تفسيرها. على أنّ العمدة للخصم النصّ الدالّ على أنّها منسوخة، ولولاه لكان الواجب التخصيص، وحينئذٍ فالأمر دائر بين النسخ والتخصيص.

وعلى كلّ حال، فالمراد بـ«المحصنات من الذين...» إلى آخره اللاتي لم يسلمن من الكتابيّات، وقد عرفت رجحان عدم نسخها، بل قد عرفت ما يدلّ على أنّها ناسخة.

(١ و٢) سورة المائدة: الآية ٥.

(٣) كما في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): المناكح / مصباح: الأُولى منكوحة الأب ورقة ٢٨٣ (مخطوط).

وأمّا صحيح زرارة: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة؟ فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديّة ولا نصرانيّة، إنّما يحلّ منهنّ نكاح البله»[1] فلم أجد عاملاً به. نعم، يحكى عن سلّار: أنّه جوّز نكاح المؤمنة والمستضعفة دواماً ومطلق الذمّيّة متعةً[2].

لكنّه على كلّ حال قاصر عن معارضة غيره ممّا عرفت، على أنّ قوله عليه السلام فيه: «لا يصلح» مشعر بالكراهة، وإرادة الحرمة منه ـ بقرينة قوله عليه السلام: «إنّما يحلّ» ـ ليس بأولى من إرادة ضعف الكراهة من الثاني بقرينة قوله: «لا يصلح» في الأوّل، فيكون عدم البلاهة مرتبة من مراتب الكراهة التي أشرنا إليها وقلنا بتنزيل النصوص عليها؛ للإشعار فيها بذلك من وجوه.

وقد ظهر لك من ذلك كلّه: ضعف الأقوال الستّة أو السبعة، وأنّ الأقوال المفصّلة منها مبنيّة على الجمع بلا شاهد ونحوه ممّا هو واضح البطلان.

وممّا سمعته تعرف ما في دعوى المرتضى رحمه الله من الإجماع على عدم الجواز مطلقاً[3]، المتبيّن خلافه خصوصاً في المتعة وملك اليمين،

---

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ٢ ج ٥ ص ٣٥٦. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٧ ج ٧ ص ٢٩٩. وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٣٨.

(٢) المراسم: النكاح / شرائط الأنكحة ص ١٤٨.

(٣) الانتصار: مسألة ١٥٥ ص ٢٧٩.

ج ٣٠ / ٤٢

فلم يبق ـ بحمد الله سبحانه ـ في المسألة بعد اليوم من إشكال، والحمد لله المتعال، والله هو العالم بحقيقة الحال، هذا.

وقد قال المصنّف تبعاً لجماعة: ﴿وكذا حكم المجوس على أشبه الروايتين﴾ أي لا يجوز النكاح فيهم إلّا مؤجّلاً أو ملك يمين؛ فـ:

في صحيح ابن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الرجل المسلم أيتزوّج المجوسيّة؟ قال: لا، ولكن إن كانت له أمة مجوسيّة فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها، ولا يطلب ولدها»(١).

وخبر منصور الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالرجل أن يتمتّع بالمجوسيّة»(٢).

ونحوه خبرا محمّد بن سنان(٣) وحمّاد بن عيسى(٤) عن الرضا وأبي عبد الله عليهما السلام.

فالجمع بين الصحيح المزبور وبين ما دلّ على عدم جواز نكاح المشركات والكوافر(٥) وبينها قاضٍ بذلك، مضافاً إلى مشابهة المتعة

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّوجلّ من النكاح ح ٤٤٢٣ ج ٣ ص ٤٠٧، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٤٣.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٣٢ ج ٧ ص ٢٥٦، الاستبصار: النكاح / باب ٩٣ أنّه لا ينبغي أن يتمتّع إلّا... ح ١١ ج ٣ ص ١٤٤، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٣٨.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣١، و«الاستبصار»: ح ١٠، و«الوسائل»: ح ٤.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣٣، و«الاستبصار»: ح ١٢، و«الوسائل»: ذيل المصدر.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٣٣.

لملك اليمين، بل وإلى ما دلّ على أنّ المجوس كتابيّون ـ بناءً على أنّ حكمهم عند المصنّف ذلك ـ من:

مرسل الواسطي عن الصادق عليه السلام قال: «سئل عن المجوس أكان لهم نبيّ؟ فقال: نعم، أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله إلى أهل مكّة: أن أسلموا وإلّا فأذنوا[1] بحرب، فكتبوا إلى النبيّ صلى الله عليه وآله: خذ منّا الجزية ودعنا على عبادة الأوثان، فكتب إليهم النبيّ صلى الله عليه وآله: إنّي لست آخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه يريدون تكذيبه: زعمت أنّك لا تأخذ الجزية إلّا من أهل الكتاب ثمّ أخذت الجزية من مجوس هجر؟! فكتب إليهم النبيّ صلى الله عليه وآله: إنّ المجوس كان لهم نبيّ فقتلوه وكتاب أحرقوه، أتاهم نبيّهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد ثور»[2].

ج ٣٠ / ٤٣

ونحوه المروي في محكيّ العلل عن أمير المؤمنين عليه السلام[3].

والنبوي: «سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب»[4].

لكن قد يناقش في ذلك كلّه: بأنّ مقتضى الآية والصحيح الأوّل

---

(١) في المصدر بدلها: نابذتكم.

(٢) الكافي: الزكاة / باب صدقة أهل الجزية ح ٤ ج ٣ ص ٥٦٧، تهذيب الأحكام: الزكاة / باب ٣٠ الجزية ح ١ ج ٤ ص ١١٣، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من أبواب جهاد العدو ح ١ ج ١٥ ص ١٢٦.

(٣) لم يرد هكذا خبر في العلل، نعم ورد قريباً من ذلك في أمالي الصدوق: المجلس الخامس والخمسون ح ١ ص ٢٨١.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الزكاة / باب الخراج والجزية ح ١٦٧٨ ج ٢ ص ٥٣، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من أبواب جهاد العدو ح ٥ و٩ ج ١٥ ص ١٢٧ و١٢٨.

عدم جواز النكاح مطلقاً غبطةً ومتعةً، والأخبار الثلاثة ضعيفة لا جابر لها؛ ضرورة عدم تحقّق شهرة بذلك، بل لعلّ الشهرة على الخلاف، بل عن التبيان[١] والسرائر[٢]: الإجماع على ذلك، والمرسلان فاقدان شرائط الحجّيّة، بل زِيد في الثاني منهما: «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»، فيراد منهما بالنسبة إلى غير ما نحن فيه، ففي المقنعة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال: «المجوس إنّما اُلحقوا باليهود والنصارى في الجزية والديات؛ لأنّه قد كان لهم فيما مضى كتاب»[٣].

على أنّ المراد بأهل الكتاب: من أظهر اتّباعه والانقياد له، لا من أحرقه وأعرض عنه، بل المنساق من «أهل الكتاب» في مثل آية المائدة ـ التي في محلّ البحث ـ اليهود والنصارى، كما لا يخفى على من تأمّل موارد إطلاق هذا اللفظ؛ لعدم العبرة عندنا بغير التوراة والإنجيل من باقي الكتب التي هي ـ على ما قيل[٤] ـ نقل من الأنبياء بالمعنى، لا أنّ ألفاظها نزلت من ربّ العزّة، أو أنّها مواعظ ونحوها لا أحكام، ولعلّه لذلك خصّ أهل الكتابين ببعض الأحكام دون غيرهم.

فالذي يقوى في النظر: حرمة نكاحهم مطلقاً إلّا بملك اليمين.

---

(١) التبيان: ذيل الآية ٢٢١ من سورة البقرة ج ٢ ص ٢١٧، وذيل الآية ١٠ من سورة الممتحنة ج ٩ ص ٥٨٦.

(٢) السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٤١ ـ ٥٤٢.

(٣) المقنعة: الزكاة / باب أصناف أهل الجزية ص ٢٧٠، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من أبواب جهاد العدو ح ٨ ج ١٥ ص ١٢٨.

(٤) كما في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢١٨.

نعم، الظاهر أنّ السامرة ـ على ما قيل[١] ـ قوم من اليهود يسكنون بيت المقدس وقرايا من أعمال مصر يتقشّفون في الطهارة أكثر من سائر اليهود، أثبتوا نبوّة موسى وهارون ويوشع، وأنكروا نبوّة من بعدهم رأساً إلّا نبيّاً واحداً، وقالوا: التوراة إنّما بشّرت بنبيّ واحد يأتي بعد موسى يصدّق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ولا يخالفها البتّة، وقبلتهم الطور الذي كلّم الله تعالى عليه موسى، وقالوا: إنّ الله تعالى أمر داود أن يبني عليه بيت المقدس، فخالف وظلم فبناه بإيليا.

ج ٢٠ / ٤٤

وأمّا الصابئون: فعن أبي علي أنّهم قوم من النصارى[٢].

وعن المبسوط: «أنّ الصحيح خلافه؛ لأنّهم يعبدون الكواكب»[٣].

وعن التبيان[٤] ومجمع البيان[٥]: «أنّه لا يجوز عندنا أخذ الجزية منهم؛ لأنّهم ليسوا أهل كتاب».

وفي المحكي عن الخلاف: نقل الإجماع على أنّه لا يجري على الصابئة حكم أهل الكتاب[٦].

وعن العين: «أنّ دينهم يشبه دين النصارى، إلّا أنّ قبلتهم نحو مهبّ الجنوب حيال نصف النهار، يزعمون أنّهم على دين نوح»[٧].

---

(١) كما في كشف اللثام: (المصدر السابق: ص ٢١٦).

(٢) نقله عنه في كشف اللثام: (الهامش قبل السابق: ص ٢١٧).

(٣) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٠.

(٤) التبيان: ذيل الآية ٦٢ من سورة البقرة ج ١ ص ٢٨٣.

(٥) مجمع البيان: ذيل الآية ٦٢ من سورة البقرة ج ١ ص ٢٥٩.

(٦) الخلاف: النكاح / مسألة ٩٣ ج ٤ ص ٣١٨ ـ ٣١٩.

(٧) العين: ج ٢ ص ٩٦٤ (صبأ).

وقيل: قوم من أهل الكتاب يقرأون الزبور[١].

وقيل: بين اليهود والمجوس[٢].

وقيل: قوم يوحّدون ولا يؤمنون برسول[٣].

وقيل: قوم يقرّون بالله (عزّ وجلّ) ويعبدون الملائكة ويقرأون الزبور ويصلّون إلى الكعبة[٤].

وقيل: قوم كانوا في زمن إبراهيم عليه السلام يقولون: بأنّا نحتاج في معرفة الله ومعرفة طاعته إلى متوسّط روحاني لا جسماني، ثمّ لمّا لم يمكنهم الاقتصار على الروحانيّات والتوسّل بها فزعوا إلى الكواكب، فمنهم من عبد السيّارات السبع، ومنهم من عبد الثوابت، ثمّ إنّ منهم من اعتقد الإلهيّة في الكواكب، ومنهم من سمّاها ملائكة، ومنهم من تنزّل عنها إلى الأصنام[٥].

لكن في القواعد: «الأصل في الباب أنّهم ـ أي السامرة والصابئين ـ إن كانوا إنّما يخالفون القبيلتين في فروع الدين فهم منهم، وإن خالفوهم في أصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيّين»[٦].

وفي كشف اللثام: «بهذا يمكن الجمع بين القولين؛ لجواز أن

---

(١) تفسير ابن أبي‌حاتم: ح ٦٣٩ ج ١ ص ١٢٧.

(٢) تفسير الثعلبي: ج ١ ص ٢٠٩، تفسير البغوي: ج ١ ص ٧٩، تفسير القرطبي: ج ١ ص ٤٣٤.

(٣) تفسير الطبري: ج ٢ ص ٣٦، تفسير ابن كثير: ج ١ ص ١٠٤.

(٤) تفسير القرطبي: ج ١ ص ٤٣٤.

(٥) تفسير الآلوسي: ج ١٧ ص ١٢٨.

(٦) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٣٧.

يعدّوا منهم وإن خالفوهم ببعض الأُصول ، كما يعدّ كثير من الفرق من المسلمين مع المخالفة في الأُصول ، بل الأمر كذلك في غير الإماميّة ، وقد قيل : إنّه لا كلام في عدّهما من القبيلتين ، وإنّما الكلام في الأحكام»[١].

قلت : لا ينبغي الكلام في الأحكام بعد فرض أنّهم من القبيلتين أي اليهود والنصارى ؛ ضرورة تعليق الأحكام في النصّ والفتوى على المسمّين بهذا الاسم الذي يشملهم أهل الكتاب ، فمع فرض انتحالهم ملّة موسى وعيسى والتوراة والإنجيل وركونهم إلى ما جاءا به جرت عليهم الأحكام.

↑ ج ٣٠ / ٤٥

بل الظاهر : عدم العبرة فيما بينهم من الاختلاف في الأُصول والفروع ؛ ضرورة تناول الاسم لهم جميعاً ، وهو مدار الأحكام.

كما أنّ الظاهر : الاكتفاء في إثبات يهوديّته ـ مثلاً ـ بإقراره من غير حاجة إلى العلم بالتواتر أو بالشياع المفيد له أو ما يقوم مقامه من شهادة العدلين ، وإن احتمله في جامع المقاصد[٢] ، لكنّ الذي يقوى خلافه ؛ ضرورة كونهم في ذلك كالمسلمين في أصل الإسلام وفي فرقه ، وكغيره من الأشياء التي لا تعلم إلّا من قِبل أصحابها ؛ ضرورة كونها من الاعتقادات المقبول خبر أصحابها بالنسبة إلى جريان أحكامها ، من

---

(١) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢١٨.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٣٨٦.

غير فرق بين ما رجع منها إليهم وبين ما رجع منها إلى غيرهم التي منها جواز نكاحهم.

نعم، لا عبرة عندنا بمن تهوّد أو تنصّر بعد البعثة؛ لأنّ كلّ من انتقل من الإسلام أو من دين من أديان الكفر إلى دين أهل الكتاب بعد مبعث النبيّ صلى الله عليه وآله لم يقبل منه عندنا من غير خلاف يعرف فيه إلّا ما تسمعه من الشيخ رحمه الله، بل عن بعضهم[١]: دعوى الإجماع عليه.

بل قتل؛ لقوله تعالى: «ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه»[٢]، وعموم قوله صلى الله عليه وآله: «من بدّل دينه فاقتلوه»[٣]، ولأنّ دينهم ـ لنسخه ـ لم تبق له حرمة.

خلافاً للمحكي عن الشيخ: من إقرار الكتابي المنتقل إلى غير ملّته إذا كان الثاني ممّا يقرّ عليه، ناقلاً عليه الإجماع[٤].

والأوّل أقوى، وحينئذٍ فليس لأولادهم حرمة وإن نشأوا على دين أهل الكتاب، ولا يقرّون عليه؛ إذ الأولاد إنّما يحترمون لاحترام

---

(١) كالمقداد في التنقيح: النكاح / أسباب التحريم ج ٣ ص ١٠١.

(٢) سورة آل عمران: الآية ٨٥.

(٣) عوالي اللآلي: باب الجهاد ح ٥ ج ٢ ص ٢٣٩، المستدرك (للحاكم): ج ٣ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩، مسند أحمد: ج ١ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣، سنن ابن ماجة: ح ٢٥٣٥ ج ٢ ص ٨٤٨، سنن أبي داود: ح ٤٣٥١ ج ٤ ص ١٢٦، سنن النسائي: ج ٧ ص ١٠٤ ـ ١٠٥، سنن البيهقي: ج ٨ ص ٢٠٥، كنز العمّال: ح ٣٨٧ ج ١ ص ٩٠، الجامع الصغير: ح ٨٥٥٩ ج ٢ ص ٥٨٥.

(٤) الخلاف: النكاح / مسألة ١٠٤ ج ٤ ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥، كتاب الجزية / مسألة ١٩ ج ٥ ص ٥٥١ ـ ٥٥٢.

آبائهم. وكذا أولاد الوثنيّين إذا نشأوا على اليهوديّة أو النصرانيّة، فإنّه في حكم الانتقال.

ولو كان التهوّد والتنصّر قبل البعثة لم يبعد القبول مطلقاً سواء كان انتقاله إلى الدين المبدّل لهم[1] أو إلى القديم.

لكن في القواعد: «إن كان الانتقال قبله ـ أي المبعث ـ وقبل التبديل قُبل واُقرّ أولادهم عليه، وثبت لهم حرمة أهل الكتاب. وهل التهوّد بعد مبعث عيسى كهو بعد مبعث النبيّ صلى الله عليه وآله؟ إشكال، وإن كان بينهما فإن انتقل إلى دين من بدّل لم يقبل، وإلّا قبل. ولو أشكل هل انتقلوا قبل التبديل أو بعده، أو علم وأشكل هل دخلوا في دين من بدّل أو لا، فالأقرب إجراؤهم مجرى الكتابيّين»[2].

↑ ج ٣٠ / ٤٦

قلت: لا إشكال في القبول؛ لعموم الأدلّة الشامل لهم، بل هو شامل لمن انتقل بين المبعث والتبديل، خصوصاً والمبدّلون في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام أكثر من غيرهم، بل لم يكن لهم إلّا الدين المبدّل، فإنّ الإقرار بنبوّة نبيّنا صلى الله عليه وآله من دينهم، فإمّا أن يكونوا هم المبدّلين أو الداخلين في دين المبدّل وآبائهم، بل هو شامل أيضاً للمتهوّد بعد مبعث عيسى عليه السلام.

فالأقوى حينئذٍ: إجراء حكم اليهود والنصارى على هؤلاء أجمع

(١) في بعض النسخ بدلها: بهم.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح/المحرّمات (الكفر) ج٣ ص٣٨ (مع تلفيق من عبارة كشف اللثام).

إلّا من علم تهوّده بعد البعثة بناءً على عدم قبول ذلك منه لما عرفت، كما هو واضح، والله العالم.

﴿ولو ارتدّ أحد الزوجين﴾ عن الإسلام أو ارتدّا معاً دفعةً ﴿قبل الدخول وقع الفسخ في الحال﴾ مطلقاً سواء كان الارتداد عن فطرة أو ملّة، بلا خلاف أجده فيه بيننا[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، بل من أهل العلم كافّة في الأوّل على ما عن التذكرة[٣].

لعدم جواز نكاح المسلم والمسلمة كافرةً وكافراً ابتداءً واستدامةً ولو كتابيّاً؛ لعدم إقرارهم عليه إذا كان ارتداداً.

وللمعتبرة في المرتدّ الفطري[٤] الشاملة لصورتي الدخول وعدمه كما تسمعها.

والخبر في الملّي: «المرتدّ تعزل عنه امرأته، ولا تؤكل ذبيحته، ويستتاب ثلاثة أيّام، فإن تاب وإلّا قتل...»[٥]. وهو وإن كان خاصّاً بارتداد الرجل لكن في الرياض: «إنّ ارتداد المرأة ملحق به؛ للإجماع

---

(١) كما في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٨.

(٢) ينظر جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤١٠، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١ ص ١٩٣، وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٢٩، والحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢٤ ص ٢٥.

(٣) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٤٧ (الطبعة الحجرية).

(٤) وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب حد المرتد ح ٢ و٣ ج ٢٨ ص ٣٢٣ و٣٢٤.

(٥) الكافي: الحدود / باب حد المرتد ح ١٧ ج ٧ ص ٢٥٨، تهذيب الأحكام: الحدود / باب ٩ حد المرتد والمرتدة ح ٧ ج ١٠ ص ١٣٨، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب حد المرتد ح ٥ ج ٢٨ ص ٣٢٨.

المركّب»[١].

نعم، قد يناقش: بظهوره فيما بعد الدخول، اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ ما قبل الدخول أولى، فتأمّل.

كما أنّه قد يناقش: في الفسخ بردّتهما دفعةً؛ ولعلّه لإطلاق ما دلّ على ذلك من نصّ أو معقد إجماع.

↑ ج ٣٠ / ٤٧

بل قد يقال: إنّ المرتدّ مطلقاً وإن كان ملّيّاً لا يصحّ نكاحه ابتداءً ولا استدامةً ولو لكافرة كتابيّة أو غيرها، وكذا المرتدّة؛ لأنّه بعد أن كان حكمه القتل ولو بعد الاستتابة صار بحكم العدم الذي لا يصحّ نكاحه، وكذا الامرأة فإنّ حكمها السجن والضرب أوقات الصلاة حتّى تتوب أو تموت.

ومن هنا قال في الدروس: «وتمنع الردّة صحّة النكاح لكافرة أو مسلمة»[٢]. وقال أيضاً: «ولا يصحّ تزويج المرتدّ والمرتدّة على الإطلاق؛ لأنّه دون المسلمة وفوق الكافرة، ولأنّه لا يقرّ على دينه، والمرتدّة فوقه لأنّها لا تقتل»[٣].

قلت: ومن ذلك يظهر لك الوجه في المرتدّين دفعةً ولو عن ملّة، مضافاً إلى دعوى الإجماع وإطلاق ما دلّ على البينونة بالارتداد الشامل لحالي ارتداد الآخر وعدمه.

---

(١) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٧١.

(٢) الدروس الشرعيّة: كتاب المرتد ج ٢ ص ٥٤.

(٣) المصدر السابق: ص ٥٥.

بل يظهر لك الوجه في الانفساخ حتّى لو كانت الزوجة كتابيّة والزوج مرتدّاً مليّاً عن ذلك الصنف من الكتابي، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿يسقط[١] المهر إن كان من المرأة﴾ بلا خلاف أجده فيه[٢]؛ لأنّ الفسخ جاء من قبلها، ولأنّ المعاوضة انفسخت قبل التقابض ﴿ونصفه إن كان من الرجل﴾ تنزيلاً للفسخ بارتداده منزلة طلاقه المنصّف للمهر قبل الدخول سواء كان لمسمّى أو لمهر مثل.

وفيه: أنّ الأصل يقتضي وجوب المهر للعقد المسبّب لذلك، وخروج الطلاق بدليل خاصّ لا يقتضي التعدية بعد حرمة القياس عندنا. ومن هنا صرّح غير واحد[٣] بوجوب الجميع عليه، خصوصاً في الارتداد الفطري المنزِّل المرتدَّ منزلة الميّت، وستعرف أنّ الموت قبل الدخول يوجب الجميع.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الأصل في الفسخ أو ما يقوم مقامه ردّ كلّ عوض إلى صاحبه كالإقالة في البيع، فمع فرض عدم الدخول لم يكن

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: سقط.

(٢) صرّح بالحكم في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٨، والجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٤، وتحرير الأحكام: النكاح / نكاح المشركات (الارتداد) ج ٣ ص ٤٩٨، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٢٩.

(٣) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤١٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٦٤، والطباطبائي في الرياض: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٧١.

لها عليه شيء لعدم التقابض، لكن ثبت في الطلاق النصف للدليل، وأُلحق به كلّ فسخ جاء من قبله بوجوب النصف للإجماع عليه، كما قد أشرنا إلى ذلك في الرضاع[١]، فلاحظ وتأمّل.

ج ٣٠ / ٤٨

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو وقع﴾ الارتداد ﴿بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة﴾ من غير فرق في وقوعه ﴿من أيّهما كان﴾ بل ومن غير فرق في ارتداد الزوجة بين الفطري والملّي، نعم يعتبر في الزوج أن يكون عن ملّة لما ستعرف أنّه لا انتظار للفطري.

وحينئذٍ فإن رجع أو رجعت قبل انقضاء العدّة كانت زوجته، وإلّا انكشف أنّها بانت من أوّل الارتداد. كما أنّه ينكشف بالإسلام منها أنّ مثل هذه الردّة غير مانعة وأنّ النكاح باقٍ؛ لما ستعرفه[٢] من النصوص الدالّة على ذلك في نكاح الكفّار إذا أسلموا، بل هو ظاهر العزل في الخبر السابق[٣]. بل منها يعلم أنّ الرجوع إلى الزوجيّة بالإسلام قهري لا حاجة فيه إلى قول: «رجعت» ونحوه كالمطلّقة.

فما في خبر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا ارتدّ الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلّقة ثلاثاً، وتعتدّ منه كما تعتدّ المطلّقة، فإن رجع إلى الإسلام وتاب قبل أن تتزوّج فهو

---

(١) تقدّم في ج ٣٠ ص ٥٩٣ ـ ٥٩٤.

(٢) في ص ٨٨.

(٣) في ص ٨٢.

خاطب، ولا عدّة عليها منه له، وإنّما عليها العدّة لغيره، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدّة اعتدّت منه عدّة المتوفّى عنها زوجها، وهي ترثه في العدّة ولا يرثها إن ماتت، وهو مرتدّ عن الإسلام»[١].

محمول على الرجوع بعد العدّة، كما أنّه يحمل ما فيه من التشبيه بالمطلّقة ثلاثاً على إرادة عدم الرجوع له وهو كافر، بل تبين عنه في هذا الحال بينونة تامّة.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لا يسقط شيء من المهر﴾ قطعاً ﴿لاستقراره بالدخول﴾.

هذا كلّه في المرتدّ عن ملّة.

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كان﴾ أي ﴿الزوج ولد على الفطرة فارتدّ، انفسخ النكاح في الحال وإن[٢] كان بعد الدخول؛ لأنّه لا يقبل عوده﴾ بالنسبة إلى ذلك، بلا خلاف[٣]، بل الإجماع بقسميه عليه[٤].

ج ٣٠ / ٤٩

قال الساباطي: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كلّ مسلم بين

(١) تهذيب الأحكام: الفرائض / باب ٤٠ ميراث المرتد ح ١ ج ٩ ص ٣٧٣، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب موانع الإرث ذيل ح ٥ ج ٢٦ ص ٢٨.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٣) صرّح بالحكم في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٨، والجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٤، وإرشاد الأذهان: النكاح / المحرّمات ج ٢ ص ٢٤، وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤١١، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١ ص ١٩٤.

(٤) نقل الإجماع في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٧٣. وانظر ـ في القسم الثاني من الإجماع ـ الهامش السابق.

مسلمين ارتدّ عن الإسلام وجحد رسول الله ﷺ نبوّته وكذّبه، فإنّ دمه مباح لمن سمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه يوم ارتدّ، ويقسّم ماله على ورثته، وتعتدّ امرأته عدّة المتوفّى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتيبه»[١].

وقال ابن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتدّ؟ فقال: من رغب عن الإسلام وكفر بما أُنزل على محمّد ﷺ بعد إسلامه، فلا توبة له، وقد وجب قتله، وبانت منه امرأته، ويقسّم ما ترك على ولده»[٢].

وقد تقدّم في كتاب الطهارة[٣] تمام البحث في قبول توبته باطناً مفصّلاً، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

﴿وإذا أسلم زوج الكتابيّة فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده﴾ بلا خلاف أجده[٤]، بل في المسالك[٥] وغيرها[٦]: الإجماع عليه.

---

(١) الكافي: الحدود / باب حد المرتد ح ١١ ج ٧ ص ٢٥٧. تهذيب الأحكام: الحدود / باب ٩ حد المرتد ح ٢ ج ١٠ ص ١٣٦. وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب حد المرتد ح ٣ ج ٢٨ ص ٣٢٤.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١ ص ٢٥٦. و«التهذيب»: ح ١. و«الوسائل»: ح ٢ ص ٣٢٣.

(٣) في ج ٦ ص ٤٦٧.

(٤) كما في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٠٦. وكشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٢٥.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٦٥.

(٦) كالحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢٤ ص ٣٠. ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٧٤.

بل ولا إشكال على المختار من جواز نكاح المسلم الكتابيّة ابتداءً فضلاً عن الاستدامة.

بل وعلى غيره؛ لضعف الاستدامة عن الابتداء، ولما عرفت من الإجماع المعتضد بنفي الخلاف.

وخبر العبيدي عن يونس قال: «الذمّي تكون له المرأة الذمّيّة فتسلم امرأته؟ قال: هي امرأته يكون عندها بالنهار ولا يكون عندها بالليل، قال: فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار»[١].

ولحسن ابن أبي عمير[٢] عن بعض أصحابه عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ أهل الكتاب وجميع من له ذمّة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، وليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، ولا يبيت معها، ولكنّه يأتيها بالنهار، وأمّا المشركون ـ مثل مشركي العرب وغيرهم ـ فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدّة، فإن أسلمت المرأة ثمّ أسلم الرجل قبل انقضاء عدّتها فهي امرأته، وإن لم تسلم[٣] إلّا بعد انقضاء العدّة فقد بانت منه ولا سبيل له عليها، وكذلك جميع من لا ذمّة له...»[٤].

↑ ج ٣٠ / ٥٠

---

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح أهل الذمّة ح ٨ ج ٥ ص ٤٣٧، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٨ ج ٢٠ ص ٥٤٨.

(٢) «ابن أبي‌عمير» لم يرد في سلسلة سند الوسائل، وجعل في الكافي بين معقوفتين.

(٣) في المصدر: لم يسلم.

(٤) الكافي: النكاح / باب نكاح الذمّية ح ٩ ج ٥ ص ٣٥٨، تهذيب الأحكام: النكاح / ←

وما في صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «... سألته عن رجل هاجر وترك امرأته في المشركين ثمّ لحقت به بعد، أيمسكها بالنكاح الأوّل أو تنقطع عصمتها منه؟ قال: يمسكها وهي امرأته»[1].

ولإطلاق هذين ألحق الشيخ: المجوسيّة[2] في هذا الحكم.

لكن ينافيه خبر منصور بن حازم سأل الصادق عليه السلام: «عن رجل مجوسي كانت تحته امرأة على دينه، فأسلم أو أسلمت؟ قال: ينتظر بذلك انقضاء عدّتها، وإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدّتها فهما على نكاحهما الأوّل، وإن هو لم يسلم[3] حتّى تنقضي فقد بانت منه»[4].

ونحوه خبر آخر له عنه عليه السلام[5]، ومن هنا جعلها في محكيّ الخلاف[6] والمبسوط[7] كالوثنيين.

← باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١٧ ج ٧ ص ٣٠٢، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٥ ج ٢٠ ص ٥٤٧.

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح أهل الذمّة ح ٢ ج ٥ ص ٤٣٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١١ ج ٧ ص ٣٠٠، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٤٠.

(٢) النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٢٩٩.

(٣) في التهذيب والوسائل: وإن هي لم تسلم.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١٦ ج ٧ ص ٣٠١، الاستبصار: النكاح / باب ١١٨ الرجل والمرأة إذا كانا... ح ٥ ج ٣ ص ١٨٢، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٣ ج ٢٠ ص ٥٤٦.

(٥) الكافي: النكاح / باب نكاح أهل الذمّة ح ٣ ج ٥ ص ٤٣٥، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش السابق).

(٦) الخلاف: النكاح / مسألة ١٠٥ ج ٤ ص ٣٢٥.

(٧) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهن، وفي تزويج المشركين ج ٤ ص ٢١٢ و ٢٢٠.

لكن يمكن حملهما على من لم يكن له ذمّة بل كان في دار الحرب كما عن الشيخ في الكتابين[١] [٢]، وأن تختصّ البينونة بما إذا أسلمت دونه، فإنّه الذي نصّ عليه آخراً، ولا ينافيه التعميم أوّلاً.

إلّا أنّهما معاً كما ترى، فالأقوى حينئذٍ عدم الإلحاق.

﴿ولو أسلمت زوجته قبل الدخول انفسخ العقد﴾ لحرمة تزويجها بالكافر ولو استدامةً؛ فإنّ الله لم يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً[٣] ﴿و﴾ لصحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «إذا أسلمت امرأة وزوجها على غير الإسلام فرّق بينهما...»[٤] الحديث.

ج ٣٠ / ٥١

نعم ﴿لا مهر لها[٥]﴾ لأنّ الفسخ جاء من قبلها، وفي صحيح ابن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام: «في نصراني تزوّج نصرانيّة، فأسلمت قبل أن يدخل بها؟ قال: قد انقطعت عصمتها منه، ولا مهر لها، ولا عدّة عليها منه»[٦].

لكن في الحسن كالصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: في مجوسيّة أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها؟ فقال

---

(١) تحتمل بعض النسخ بدلها: الكتابيّة.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ذيل ح ١٣ ج ٧ ص ٣٠١، الاستبصار: النكاح / باب ١١٨ الرجل والمرأة إذا كانا... ذيل ح ٣ ج ٣ ص ١٨٢.

(٣) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٤) الكافي: النكاح / باب نكاح أهل الذمّة ح ٢ ج ٥ ص ٤٣٥، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٤٧.

(٥) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

(٦) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤ ص ٤٣٦، و«الوسائل»: ح ٦.

أمير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم، فأبى زوجها أن يسلم، فقضى لها عليه نصف الصداق، وقال: لم يزدها الإسلام إلّا عزّاً»[١] إلّا أنّي لم أجد عاملاً به.

﴿وإن كان﴾ إسلامها ﴿بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة﴾ فإن أسلم فيها فهي امرأته وإلّا بان أنّها بانت منه بإسلامها، وفاقاً للأكثر[٢]، بل المشهور[٣].

لنفي السبيل[٤].

وللنصوص السابقة، مضافاً إلى صحيح البزنطي سأل الرضا عليه السلام: «عن الرجل تكون له الزوجة النصرانيّة فتسلم، يحلّ لها أن تقيم معه؟ قال: إذا أسلمت لم تحلّ له. قلت: جعلت فداك، فإنّ الزوج أسلم بعد ذلك، أيكونان على النكاح؟ قال: لا، إلّا بتزويج جديد»[٥].

خلافاً للشيخ في نهايته[٦] والمحكي من كتابي الأخبار له[٧]؛ لمرسل

---

(١) انظر «الكافي» قبل ثلاثة هوامش: ح ٦ ص ٤٣٦، و«الوسائل»: ح ٧ ص ٥٤٨.

(٢) كما في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٢٧.

(٣) كما في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٧٥.

(٤) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١٣ ج ٧ ص ٣٠٠، الاستبصار: النكاح / باب ١١٨ الرجل والمرأة إذا كانا... ح ٢ ج ٣ ص ١٨١، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٥ ج ٢٠ ص ٥٤٢.

(٦) النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٣٠٠.

(٧) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ذيل ح ١٦ ج ٧ ص ٣٠٢، الاستبصار: النكاح / باب ١١٨ الرجل والمرأة إذا كانا... ذيل ح ٥ ج ٣ ص ١٨٣.

ابن أبي عمير السابق[١]، ومرسل جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته ولم يسلم؟ قال: هما على نكاحهما، ولا يفرّق بينهما، ولا يترك يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجرة»[٢]. وإليه أشار المصنّف بقوله[٣]:

﴿وقيل: إن كان الزوج بشرائط الذمّة كان نكاحه باقياً، غير أنّه لا يمكّن من الدخول عليها[٤] ليلاً ولا من الخلوة بها﴾ وفي بعض النسخ[٥] زيادة: ﴿نهاراً﴾.

لكنّ الموجود في النهاية ما هذا لفظه: «وإذا أسلمت زوجة الذمّي ولم يسلم الرجل وكان الرجل على شرائط الذمّة فإنّه يملك عقدها، غير أنّه لا يمكّن من الدخول إليها ليلاً، ولا من الخلوة بها، ولا من إخراجها من دار الهجرة إلى دار الحرب...»[٦] إلى آخره.

وفي محكيّ السرائر: «قول الشيخ ممّا يضحك الثكلى؛ إن كانت زوجته فلا يحلّ أن يمنع منها، ثمّ إن منع منها ومن الدخول إليها

---

(١) في ص ٨٨.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ١٢ ج ٧ ص ٣٠٠، الاستبصار: النكاح / باب ١١٨ الرجل والمرأة إذا كانا... ح ١ ج ٣ ص ١٨١، وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٤٦.

(٣) ليست في بعض النسخ.

(٤) في نسخة الشرائع بدلها: إليها.

(٥) كما في نسخة الشرائع دون نسخة المسالك.

(٦) النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٣٠٠.

كانت نفقتها ساقطة ؛ لأنّها في مقابلة الاستمتاع ، وهو لا يتمكّن منه ، فتسقط عنه»[١].

قلت : قد سمعت خلوّ الخبرين المزبورين ـ اللذين هما مستند الشيخ ـ عن جواز الوطء وعدمه ، وما في أوّلهما من عدم المبيت عندها لا دلالة فيه على ذلك ، خصوصاً بعد قوله عليه‌السلام : «ويأتيها نهاراً» ، وعلى تقدير أنّ الشيخ رحمه‌الله فهم ذلك منه يتخرّج له ما ذكره ، ولا استبعاد بالعقوبة له بذلك ، ولا تسقط النفقة عنه ؛ لأنّ الامتناع من الوطء لتقصيره بعدم الإسلام الذي قد فرض اشتراط جواز الوطء به ، كالخلوّ من الحيض مثلاً .

والأمر سهل بعد ضعف القول في نفسه ، وأنّ الشيخ رحمه‌الله إنّما ذكره في الكتب الثلاثة التي لم تعدّ للفتوى ؛ ولذا رجع عنه في المحكي من خلافه[٢] ومبسوطه[٣] .

على أنّ الخبرين فاقدان لشرائط الحجّيّة ـ بالإرسال والضعف بـ«عليّ بن حديد» في[٤] مرسل جميل ـ فضلاً عن أن يعارضا تلك الأدلّة المعمول بها من خبري منصور وغيرهما .

﴿و﴾ من ذلك كلّه بان لك : أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بقواعد الفنّ ، هذا .

---

(١) السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٤٣.

(٢) الخلاف: النكاح / مسألة ١٠٥ ج ٤ ص ٣٢٥.

(٣) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٢.

(٤) في بعض النسخ بدلها: و.

ج ٣٠ / ٥٣ وفي المسالك[١] وغيرها[٢]: «أنّه لا فرق على قول الشيخ بين حالي الدخول وعدمه؛ لإطلاق دليله».

قلت: قد يفرّق الشيخ بينهما لصحيح ابن الحجّاج المتقدّم[٣]؛ ولعلّه لذا ظهر من بعضهم أنّ محلّ خلافه رحمه الله فيما بعد الدخول، والله العالم.

هذا كلّه في إسلام زوج الكتابيّة وإن لم يكن هو كتابيّاً، وفي إسلام زوجة الكتابي وإن لم تكن هي كتابيّة.

﴿وأمّا غير الكتابيّين﴾ أي أنّ الزوج والزوجة غير كتابيّين ﴿فـ﴾ ـالحكم فيهما: أنّ ﴿إسلام أحد الزوجين موجب لانفساخ العقد في الحال إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدّة﴾ بلا خلاف في شيء من ذلك[٤] ولا إشكال نصّاً[٥] وفتوى، بل لعلّ الاتّفاق نقلاً[٦] وتحصيلاً[٧] عليه.

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٦٧.

(٢) كجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٠٩.

(٣) في ص ٩٠.

(٤) كما في جامع المقاصد: (انظر الهامش قبل السابق)، ومسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٦٧.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٤٦.

(٦) كما في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٢٩.

(٧) ينظر المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ٢١٢، والمهذّب: النكاح / باب نكاح المشركين ج ٢ ص ٢٥١، والجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٣، وقواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٣٩ ـ ٤٠، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١.

﴿ولو انتقلت زوجة الذمّي إلى غير دينها من ملل الكفر، وقع الفسخ في الحال ولو عادت إلى دينها، وهو بناءً على أنّه لا يقبل منها﴾ بعد البعثة ﴿إلّا الإسلام﴾ لقوله تعالى: «ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه»[١] والنبوي: «من بدّل دينه فاقتلوه»[٢] من غير فرق بين المدخول بها وغيرها، وفي المنتقلة منه وإليه بين كونه ممّن يقرّ عليه أهله أو لا.

وحينئذٍ فلو أسلمت هي بعد ذلك، أو أسلم هو، أو أسلما معاً، لم يكن بينهما نكاح وإن كان ذلك قبل انقضاء العدّة؛ لحصول الفسخ قبل الإسلام.

لكن لا يخفى عليك ما في هذا الحكم من الإشكال؛ ضرورة عدم الاعتراض لنا على نكاح أهل الذمّة فيما بينهم، فمع فرض جواز ذلك عندهم لم يكن وجه لفسخ النكاح، وعدم إقرارها على الدين الجديد لا ينافي بقاء النكاح، وكذا عدم قبول رجوعها إلى دينها الأوّل.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى: أنّ الحكم بوجوب القتل يستلزم انفساخ النكاح كما سمعته في المرتدّ، وهو كما ترى.

↑ ج ٣٠ / ٥٤

على أنّ وجوب القتل إن لم تسلم[٣]، فلا أقلّ حينئذٍ من أن تكون كالمرتدّ الملّي الذي لا ينفسخ نكاحه للمسلمة ـ مثلاً ـ بعد الدخول إلّا

---

(١) سورة آل عمران: الآية ٨٥.

(٢) تقدّم في ص ٨٠.

(٣) في بعض النسخ بدلها: نتسلم.

بعد عدم إسلامه إلى انقضاء العدّة.

والذي يقوى في نفسي: أنّ عبارة المتن كانت «زوجته الذمّيّة» أي زوجة المسلم الذمّيّة ـ نحو ما فرضه العلّامة في المحكي من تذكرته من انتقال الكتابيّة زوجة المسلم إلى التوثّن[1] ـ وإنّما التغيير من النسّاخ.

والحكم فيه حينئذٍ كما ذكر مع فرض بقائها على الكفر إلى انقضاء العدّة، وإلّا فلو أسلمت فيها كانت زوجة له مع الدخول، بخلاف ما لو بقيت؛ ضرورة عدم جواز نكاح المسلم ـ ابتداءً واستدامةً ـ غير الكتابيّة، والفرض خروجها عن ذلك إلى ما لا يقبل منها ولو ملّة كتابيّة، كعدم قبول دينها الأوّل منها، فيتعيّن الفسخ حينئذٍ.

لكن يبعّده فرض هذه المسألة في محكيّ الخلاف[2] على نحو ما هو موجود هنا، بل وفي القواعد أيضاً، قال فيها: «ولو انتقلت الذمّيّة إلى ما لا[3] يقرّ أهله عليه؛ فإن كان قبل الدخول فسد، وبعده يقف على الانقضاء، فإن خرجت ولم يسلم الزوجان فسد العقد، وإن قلنا بقبول الرجوع كان العقد باقياً إن رجعت في العدّة».

«ولو انتقلت إلى ما يقرّ أهله عليه، فكذلك إن لم نقرّها عليه، وإلّا كان النكاح باقياً. ولو انتقلت الوثنيّة إلى الكتابيّة وأسلم الزوج؛ فإن

---

(١) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٤٧ (الطبعة الحجرية).

(٢) الخلاف: النكاح / مسألة ١٠٣ ج ٤ ص ٣٢٤.

(٣) كلمة «لا» ليست في المصدر.

قبلنا منها غير الإسلام فالنكاح باقٍ، وإلّا وقف على الانقضاء بعد الدخول، وقبله يبطل»[١].

فإنّ قوله في القسم الأوّل: «ولم يسلم الزوجان» يقتضي أنّ الزوج غير مسلم، فيلزم منه أنّ الذمّيّة تحت الذمّي إذا توثّنت ينفسخ النكاح في الحال إن كان ذلك قبل الدخول.

وفي كشف اللثام: «أنّه أطلق في التحرير فساد العقد في الحال إذا انتقلت الذمّيّة زوجة الذمّي إلى غير دينها من ملل الكفر، بناءً على أنّه لا يقبل منها إلّا الإسلام حتّى الرجوع إلى دينها»[٢].

فيمكن تقييد ذلك منهم بما إذا لم يكن النكاح مع ذلك صحيحاً عندهم، أو يكون المراد انفساخ النكاح وإن لم يجب التفريق؛ بمعنى: أنّ الذمّي حكمه حكم المسلم في الصحّة والفساد، وإن أُقرّ على ما عقده.

ج ٣٠ / ٥٥

فحينئذٍ إذا كان متزوّجاً ذمّيّة ـ مثلاً ـ كان نكاحه صحيحاً في نفس الأمر بناءً على جواز نكاح المسلم لها، فإن انتقلت إلى غير دينها انفسخ نكاحه كالمسلم، وإن وجب إقراره عليه مع فرض صحّته في دينه، لكنّ ذلك لا ينافي حرمة الوطء عليه مثلاً.

ومرجع ذلك: إلى أنّ الردّة من الباطل إلى الباطل تفسخ النكاح مع

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٠.

(٢) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٣٠.

استمرارها، كالردّة من الحقّ إلى الباطل، حتّى في الكفّار بعضهم مع بعض ـ للشركة معنا في الفروع ـ وإن أُقرّوا عليه مع فرض الصحّة عندهم.

ومن ذلك كلّه ظهر لك الحكم في جميع أقسام المسألة في الذمّيّة إذا كانت زوجة لمسلم أو ذمّي وقد انتقلت إلى غير دينها.

﴿وإذا أسلم الذمّي﴾ أو غيره ﴿على أكثر من أربع من المنكوحات﴾ الكتابيّات ﴿بالعقد الدائم، استدام أربعاً من الحرائر أو أمتين وحرّتين﴾ أو ثلاث حرائر وأمة إن جاز ابتداءً نكاح الأمة مع الحرّة وجاز نكاح أمتين؛ لأولويّة الاستدامة منه، بل عن المبسوط[1] والتذكرة[2]: ظهور الاتّفاق على جوازها.

وإن كان قد يشكل ـ إن لم يتمّ الإجماع ـ: بإطلاق دليل المنع على حسب غيره من الممنوع الذي يعتبر في الإقرار عليه بعد الإسلام جواز الابتداء؛ بمعنى: ملاحظة الاستدامة ابتداءً، فيعتبر فيها ما يعتبر فيه.

﴿ولو كان عبداً استدام حرّتين أو حرّة وأمتين﴾ أو أربع إماء ﴿وفارق سائرهنّ﴾ من غير فرق في ذلك كلّه بين ترتّب عقدهنّ وعدمه، وبين اتّحاده وتعدّده، وبين دخوله بهنّ وعدمه، وبين الأوائل والأواخر؛ لعموم أدلّة الاختيار.

---

(١) المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٢٠ و ٢٢٢.

(٢) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٥٣ (الطبعة الحجرية).

وللعامّة قول بانفساخ نكاح الجميع مع اتّحاد العقد[١]، كالقول باندفاع[٢] نكاح الأواخر[٣].

وفيه: أنّه منافٍ لقاعدة الإقرار المقتضية لعدم وجوب الفحص والبحث عن كيفيّة وقوع نكاحهم؛ لأنّ الأصل الصحّة والبراءة من الفحص، ولأنّ كثيراً من الكفّار أسلموا على عهده صلى الله عليه وآله مع أزواجهم، فأقرّهم على نكاحهم من غير استفصال.

نعم، لو علم أنّ نكاحهم مشتمل على مقتضي الفساد استدامةً أيضاً ـ كنكاح إحدى المحرّمات عيناً أو جمعاً ـ أُجري عليه حكم الإسلام؛ ولذا روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله: «أنّ فيروز الديلمي لمّا أسلم عن أُختين قال له النبيّ صلى الله عليه وآله: اختر إحداهما»[٤]؛ إذ عنوان الحرمة في الجميع لا فرق فيه بين الابتداء والاستدامة؛ ولذا يبطل النكاح بالأُمومة الحادثة بالرضاع، والبنت كذلك، والجمع بالأُختين الحادثة به... وهكذا.

↑ ج ٣٠ / ٥٦

ومن ذلك على الظاهر: الجمع بين الأمة والحرّة، اللّهمّ إلّا أن يثبت ما سمعته من الإجماع.

إلّا[٥] مع عدم بقاء المفسد فالظاهر إقرارهم عليه مع صحّته عندهم

(١ و٣) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٤٠، الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٢٩٤، المجموع: ج ١٦ ص ٣٠٣، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٦٠٧، حلية العلماء: ج ٦ ص ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

(٢) في بعض النسخ: بانفساخ.

(٤) سنن الترمذي: ح ١١٢٩ ج ٣ ص ٤٣٦، سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٨٤، إرواء الغليل: ذيل ح ١٩١٥ ج ٦ ص ٣٣٤.

(٥) في بعض النسخ: أمّا.

وإن كان فاسداً عندنا ، فضلاً عن الصحيح عندنا وإن كان فاسداً عندهم ؛ كما لو اعتقدوا إباحة النكاح المؤقّت من غير مهر ، أو العقد في العدّة وأسلما بعد انقضائها ، أو جواز شرط الخيار مدّة وأسلما بعد انقضائها . بخلاف ما إذا أسلما والعدّة أو مدّة الخيار باقية ، فإنّ المانع حينئذٍ موجود ، فيجري عليه حكم المسلمين ، دون الأوّل الذي قد مضى فيه المفسد في زمن الكفر المقرّين عليه .

ومنه : نكاح الأزيد من أربع ، فإنّ المفسد كان في زمن الكفر المقرّ عليه ، فيشارك العقد السابق في استدامة الصحّة ؛ ولذا كان له الخيار في إمساك الأوائل والأواخر ، ضرورة كونهنّ بالنسبة إليه كثمن الخمر الذي أسلم عليه ، فإنّه لا إشكال في ملكيّته عليه وإن كان هو أثر العقد الفاسد ، إلّا أنّ المفسد لم يكن موجوداً حال الاستدامة .

نعم ، الزيادة على الأربع ممنوعة ابتداءً واستدامةً ؛ فلذا كان له الخيار من غير فرق بين الجميع ، فتأمّل جيّداً ، وربّما يأتي له تتمّة .

وكيف كان ، فلا يشترط إسلامهنّ ؛ لما عرفت من جواز ابتداء نكاح الكتابيّة ، نعم لو كنّ وثنيّات انفسخ مع عدم الدخول ، ومعه انتظر إسلامهنّ في العدّة .

ولو أسلم معه أربع من ثمان كان له اختيار الكتابيّات ؛ لإطلاق دليل التخيير ، ولأنّ الإسلام لا يحرّمهنّ عليه ولا يوجب نكاح المسلمات ، نعم الأولى له اختيار المسلمات ؛ لشرفهنّ .

وليس للمرأة المتزوّجة في الكفر بزوجين اختيار أحدهما إذا أسلما، بل يبطل عقدهما معاً مع الاقتران، والثاني خاصّة مع الترتيب، وإن اشتبه: فالقرعة، أو البطلان، أو الإيقاف، أو الإلزام بالطلاق... أو نحو ذلك ممّا تقدّم في نظائره.

وعلى كلّ حال، فلا مهر للزائد مع عدم الدخول، ومهر المثل معه إن قلنا بعدم الصحّة للعقد الزائد من أصله وأنّ الاختيار لمن عداها كاشف عن ذلك، وأمّا إن قلنا بصحّته على الكلّ ـ بناءً على صحّة نكاحهم، وأنّ الاختيار هو المبطل له عن غير المختار ـ فينبغي أن يثبت المسمّى بالدخول ونصفه أو كلّه مع عدم الدخول، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٥٧

﴿ولو لم يزد عددهنّ﴾ بعد إسلامه ﴿على[1] القدر المحلّل له﴾ لو كان مسلماً ﴿كان عقدهنّ ثابتاً﴾ بلا خلاف ولا إشكال.

﴿وليس للمسلم إجبار زوجته الذمّيّة﴾ مثلاً ﴿على الغسل﴾ من الحيض فضلاً عن غيره ﴿لأنّ الاستمتاع ممكن من دونه﴾ بناءً على الأصحّ من عدم اشتراط الوطء به، وذمّتهم تمنع من إجبارهم على ما ليس في دينهم.

نعم، قد ذكر غير واحد من الأصحاب[2]: أنّ له إجبارها عليه بناءً

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: عن.

(٢) كالعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٧١، والبحراني في الحدائق: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢٤ ص ٤٢.

على اشتراط جواز الوطء به وإن كان فاسداً؛ لعدم صحّته منها.

وفيه: منع حصول الشرط حينئذٍ بذلك، بل المتّجه استمرار الحرمة عليه حتّى تؤمن؛ ضرورة عدم رفع حكم حدث الحيض ـ المفروض منعه ـ بالغسل الفاسد، ودعوى قيامه مقام الصحيح في ذلك محتاجة إلى دليل يدلّ عليه.

﴿ولو اتّصفت بما يمنع الاستمتاع﴾ اُلزمت بالمنع منه كالمسلمة، بل لا يبعد مع كونه مانعاً لكماله باعتبار أنّه ينفّره ﴿كالنتن الغالب، وطول الأظفار المنفّر﴾ ونحو ذلك ﴿كان له إلزامها بإزالته﴾ أمّا إذا كان مانعاً للكمال لا للنفرة، بل لعدم حصول داعٍ إلى هيجان الشهوة معه، ففي تسلّطه على إلزامها بإزالته إشكال.

﴿وله منعها من الخروج﴾ من منزله ﴿إلى الكنائس والبيع﴾ كالمسلمة إلى المساجد ونحوها؛ لمنافاته للاستمتاع ﴿كما له منعها من﴾ مطلق ﴿الخروج من منزله﴾ ولو إلى دور أهلها وأرحامها.

﴿وكذا له منعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير واستعمال النجاسات﴾ لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن وهب ـ الذي سئل فيه عن تزوّج النصرانيّة واليهوديّة؟ ـ: «إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير...»[1].

↑ ج ٣٠ ٥٨

وفي كشف اللثام تعليله مع ذلك بالنفرة[2]، كما أنّ فيه عن

---

(١) تقدّم في ص ٦٢.

(٢) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٣١.

المبسوط: «أنّ قدر ما يسكر له منعها، والقدر الذي لا يسكر قيل: فيه قولان، وإن أكلت لحم الخنزير قيل: فيه قولان، أقواهما أنّه ليس له ذلك، أيّ زوجة كانت، مسلمة كانت أو مشركة»[١].

بل فيه عنه: أنّه قوّى عدم المنع له عمّا ينقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التي هي كذلك، ومن أكل الثوم والبصل والكرّاث ونحوها[٢]، وإن كان هو كما ترى.

نعم، قد يتّجه الإشكال في غير المنفّر وغير المانع أو المنقص من الاستمتاع ولو كان شرب خمر وأكل لحم خنزير واستعمال نجس؛ ضرورة عدم الدليل على ذلك من حيث الزوجيّة.

والصحيح المزبور لا دلالة فيه على ذلك؛ لاحتمال كون المراد من الأمر فيه بذلك برضاها، أو باشتراطٍ في عقد نكاح... أو نحو ذلك، لا أنّه دالّ على تسلّطه عليها من حيث الزوجيّة وإن لم يكن فيه خلل بالاستمتاع، فإنّه ليس له ذلك في المسلمة فضلاً عن الذمّيّة التي لا تجبر على ما هو غير منافٍ لدينها.

كما أنّ الظاهر منه أيضاً عدم شرطيّة حلّ النكاح بذلك وإن كان ربّما يتوهّم، إلّا أنّه يجب حمله على ضرب من الندب أو نحوه؛ لإطلاق النصّ والفتوى، والله العالم.

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٣١ ـ ٢٣٢ (المتن والهامش).

(٢) المصدر السابق: ص ٢٣٢.

﴿المقصد الثاني: في كيفيّة الاختيار﴾

الذي لم نعثر على التعبير عنه بلفظه في شيء من نصوصنا، نعم في شرح الإرشاد لبعض فضلاء المخالفين: «أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال لغيلان بن سلمة لمّا أسلم وتحته عشر نسوة: اختر أربعاً وفارق سائرهنّ ـ قال: ـ رواه ابن حبّان[١] بهذا اللفظ، ورواه الشافعي[٢] والترمذي[٣] وابن ماجة[٤] وصحّحه الحاكم[٥] وغيره[٦]، وفي ألفاظهم خصوصاً المخالفين[٧]: (أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ) وهو أشهر في كتب الفقه»[٨].

قلت: وهو كذلك، وهو وإن كان بمعنى الاختيار إلّا أنّه لا يوجب البحث عن كيفيّة الاختيار وعمّا يتحقّق به مفهومه... وغير ذلك ممّا أطالوا به في هذا المقام الذي هو ليس أولى من غيره، بل لعلّ استقصاء البحث فيه في بحث الخيار أولى من ذلك، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٥٩

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿هو﴾ يتحقّق ﴿إمّا بالقول الدالّ على الإمساك﴾ صريحاً ﴿كقوله: اخترتك، أو أمسكتك أو[٩] ما أشبهه﴾ أو

---

(١) صحيح ابن حبّان: ح ٤١٥٦ و٤١٥٧ ج ٩ ص ٤٦٣...

(٢) المسند (للشافعي): ص ٢٧٤.

(٣) سنن الترمذي: ح ١١٢٨ ج ٣ ص ٤٣٥.

(٤) سنن ابن ماجة: ح ١٩٥٣ ج ١ ص ٦٢٧.

(٥) المستدرك (للحاكم): ج ٢ ص ١٩٣.

(٦) مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٢٢٣.

(٧) «خصوصاً المخالفين» ضرب عليها في بعض النسخ.

(٨) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٩) في نسختي الشرائع والمسالك: و.

«اخترت نكاحك» أو «أمسكته» أو نحو ذلك من الألفاظ الدالّة عليه صريحاً من أيّ لغة كانت.

وعن بعض الشافعيّة: أنّ ما لم يذكر فيه لفظ النكاح كناية[١]، وحكي عن الرافعي[٢]، بل هو ظاهر الشهيد منّا في المسالك[٣]، وضعفه واضح.

نعم، من الكناية ما يدلّ على فسخ من عدا المختارات، فإنّه يلزمه حينئذٍ نكاح المختارات، ونحو قوله: «أُريدكنّ» أو «لا أُريدكنّ».

والأمر سهل بعد فرض استواء الجميع في ترتّب الحكم، فإنّ احتمال اعتبار صراحة اللفظ هنا كالعقود والإيقاعات ـ بناءً على ذلك فيها ـ بعيد، وإن أمكن تقرير ما استدلّوا به على ذلك هناك هنا، إلّا أنّ الظاهر إمكان تحصيل الإجماع على خلافه هنا.

ولعلّه لصدق إمساك الأربع بذلك كلّه، بل ستعرف ثبوته بالفعل فضلاً عن القول، بل إن لم يكن اجماعاً أمكن دعوى ترتّب الحكم عليه بالمعنى النفساني الإنشائي وإن لم يذكر ما يدلّ عليه من قول أو فعل، على حسب ما احتمل في تحقّق الرضا ـ فيما اعتبر به فيه ـ بذلك.

وقوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام»[٤] إنّما يراد به في

---

(١) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) العزيز: ج ٨ ص ١١٩.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٧٢.

(٤) الكافي: المعيشة / باب الرجل يبيع ما ليس عنده ح ٦ ج ٥ ص ٢٠١، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب أحكام العقود ح ٤ ج ١٨ ص ٥٠.

العقود والإيقاعات المعهودة، دون ما كان من توابع العقود مثلاً، كالرضا والخيار والاختيار... ونحو ذلك.

﴿ولو رتّب الاختيار ثبت عقد الأربع الأُول واندفع﴾ عقد ﴿البواقي﴾ لاستيفائه العدد بما سبق من اختياره، كما هو المفروض.

ولو حصر اختياره في ستّة ـ مثلاً ـ أو خمسة، اندفع عقد غيرهنّ، وكان بمنزلة ما اختار فراق إحداهنّ مثلاً.

﴿ولو قال لما زاد على الأربع: اخترت فراقكنّ، اندفعن، وثبت نكاح[1] البواقي﴾ وإن لم يحصل منه إنشاء بقاء نكاحهنّ؛ ضرورة عدم الملازمة بين اختيار فراق ما زاد وبين ذلك، إلّا أنّ العقد الأوّل بعد فسخ الزائد مقتضٍ تامّ في بقاء نكاحهنّ.

ومنه يعلم: عدم توقّف بقائه على إنشاء الاختيار النفساني، فلا حاجة إلى تكلّف دلالة ذلك عليه بالكناية؛ كي يناقش: بفرض الغفلة ونحوها، بل وبعدم الملازمة بين القصدين؛ فإنّ اختيار فراق ما زاد على الأربع يلزمه بقاء الأربع، لا قصد بقاء الأربع الذي هو معنى الاختيار، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٦٠

ولو قصد بالفراق الكناية عن الطلاق، وقلنا: إنّ الكناية عنه مثله في الدلالة على النكاح ـ كما ستعرفه ـ ثبت عقد المراد طلاقهنّ، ولم يقع بهنّ طلاق، وانتفى نكاح غيرهنّ، فينعكس الحكم حينئذٍ، وإن لم نقل

(١) في نسخة الشرائع بدلها: عقد.

بذلك لم يكن ثَمَّ اختيار.

﴿ولو قال لواحدة﴾ مثلاً: ﴿طلّقتك، صحّ نكاحها وطلّقت وكانت من الأربع، ولو طلّق أربعاً اندفع البواقي﴾ بالشرع ﴿وثبت نكاح المطلّقات ثمّ طلّقن بالطلاق؛ لأنّه لا يواجه به إلّا الزوجة، إذ موضوعه إزالة قيد النكاح﴾ فهو حينئذٍ جزء مفهومه، أو لازمه لزوماً بيّناً، فإثباته يستلزم إثباته.

خلافاً لما عن بعض: من عدم كونه معيّناً للنكاح في وجه[1]؛ لقوله ﷺ لفيروز الديلمي ـ وقد أسلم على اُختين ـ: «طلّق أيّتهما شئت»[2]، فلو كان الطلاق تعييناً للنكاح لكان ذلك تعييناً[3] لنكاحهما عليه.

وفيه: أنّ المراد من الطلاق فيه الفراق مجازاً.

نعم، قد يناقش ذلك: بأنّ وقوع الطلاق صحيحاً يستلزم ثبوت النكاح؛ لا أنّ[4] قصد الطلاق يستلزم قصد اختيار النكاح؛ ضرورة إمكان قصد معنى الطلاق في الأجنبيّة وإن لم يقع صحيحاً، فدعوى

---

(١) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٥٨.

(٢) سنن أبي داود: ح ٢٢٤٣ ج ٢ ص ٢٧٢، سنن ابن ماجة: ح ١٩٥١ ج ١ ص ٦٢٧، سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٨٤، صحيح ابن حبّان: ج ٩ ص ٤٦٢، معرفة السنن والآثار: ح ٤١٩٥ ج ٥ ص ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٣) في كشف اللثام ومتن المسالك ـ اللذين اُخذت العبارة منهما ـ بدلها: «تفويتاً» وأشير في هامش المسالك إلى أنّ في هامش بعض النسخ: «تقريراً».

(٤) في بعض النسخ: لأنّ.

لزوم قصد الطلاق لقصد النكاح على وجهٍ يتحقّق به إنشاء الاختيار محلّ منع.

ومن ذلك يعلم: أنّه لو طلّق جاهلاً بعدم حاجة فراقهنّ إلى طلاق، فأوقعه بقصد إرادة المفارقة لهنّ وبقاء نكاح غيرهنّ، كان في الحقيقة دالاًّ على اختيار ما عداهنّ.

اللّهمّ إلّا أن يقال في الفرض: إنّه لمّا أنشأ طلاقهنّ دلّ ذلك على أنّه قد اختار نكاحهنّ ثمّ أنشأ طلاقهنّ؛ باعتبار معلوميّة عدم طلاق غير الزوجة، فيحكم عليه بحسب ما وقع منه من الطلاق المحمول على الوجه الصحيح المتوقّف صحّته على كونه قد اختار نكاحهنّ.

ج ٣٠ / ٦١

إلّا أنّه هو ـ مع كونه غير ما سمعته من تقرير الدلالة ـ قد يناقش فيه: بإمكان منع الظهور هنا؛ لإمكان الاشتباه فيه بالاكتفاء فيه بعلاقة الزوجيّة، فلا ظهور حينئذٍ على كونه اختار قصد النكاح ثمّ قصد الطلاق.

مضافاً: إلى إمكان منع تحقّق الاختيار بمجرّد الإنشاء باطناً من دون دلالة عليه ولو فعلاً ـ كما أومأنا إليه سابقاً[١] وفي الفضولي[٢] ـ وإن كان الأقوى خلافه.

وإلى عدم اختصاص الدعوى بالطلاق الصحيح، بل ظاهرهم ثبوت

---

(١) في ص ١٠٥.

(٢) في ج ٢٣ ص ٤٧٣...

الاختيار به وإن كان الطلاق فاسداً بعدم الشاهدين أو الصيغة ... أو غير ذلك.

بل ظاهر بعض وصريح آخر ثبوته به وإن وقع معلّقاً، فإنّه وإن لم يقع طلاق لكنّه على كلامهم دالّ بالكناية على الاختيار، وليس تعليقه تعليقاً له[1].

بل لعلّ قول المصنّف: «ولو قال لواحدة...» إلى آخره من ذلك أيضاً بناءً على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ، فتأمّل جيّداً.

﴿و﴾ ربّما اُلحق الفسخ بالعيب بالطلاق في الدلالة على الاختيار على الوجه الذي عرفت.

نعم ﴿الظهار والإيلاء ليس لهما دلالة على الاختيار﴾ كما صرّح به غير واحد من العامّة[2] والخاصّة[3] ﴿لأنّه قد يواجه به غير الزوجة﴾ بل لعلّ الأجنبيّة أليق بهما من الزوجة، وإن كان لكلّ منهما أحكام مخصوصة لو خوطب بهما الزوج[4] إلّا أنّ ذلك لا يقضي

---

(١) فصّل الفاضل الهندي بين التعليق على متحقّق فيصحّ دون غيره، انظر كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٤٩، وانظر روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٥٩.

(٢) الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٢٨٤، روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٥٩، المجموع: ج ١٦ ص ٣١٣، المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٤٣.

(٣) كالعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٦، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٥٧، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٧ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

(٤) في بعض النسخ بدلها: «الزوجة» والأولى التعبير بـ «لو خاطبهما الزوج».

بالاختيار، وبه فرّقوا بينهما وبين الطلاق الذي جزء مفهومه النكاح أو لازمه لزوماً بيّناً.

لكن قد يشكل ذلك: بما سمعته سابقاً من أنّ مفهومه إزالة قيد النكاح لا اختياره، بل لا تلازم بين معنى اللفظ في نفسه وبين وقوعه، فالطلاق لو وقع بالأجنبيّة كان له معنى لكنّه لا يؤثّر أثراً، فوقوع النكاح حينئذٍ شرط تأثيره، لا أنّ أصل المعنى موقوف على حصول النكاح.

وبأنّه كما لا يتحقّق معنى الطلاق خارجاً إلّا في الزوجة كذلك الظهار والإيلاء أيضاً، وإن كانا لو وقعا بالأجنبيّة كان لهما معنى صحيح، بل لو حلف على [ترك][1] وطء الأجنبيّة فتزوّجها ووطئها كان عليه الكفّارة، لكنّ ذلك كلّه لا يسمّى ظهاراً ولا إيلاءً.

↑ ج ٣٠ / ٦٢

ومنه لم يفرّق الشيخ فيما حكي عن مبسوطه[2] بين الجميع في كونهنّ اختياراً، وإن كان غير خفيّ عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، وأنّ جعل الجميع ليس اختياراً إلّا بالقرائن أولى.

وحينئذٍ فإن اختار التي ظاهرها أو آلى عليها صحّا، وكان ابتداء مدّة الإيلاء من وقت الاختيار، وكان في الظهار عائداً إن لم يفارقها في الحال، من غير خلاف يعرف فيه منهم.

لكن قد يشكل: بأنّه بالاختيار انكشف سبق الزوجيّة، فيكونان

---

(١) ساقطة في جميع النسخ.

(٢) المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٧.

حينئذٍ قد بان أنّهما وقعا على الزوجة من أوّل صدورهما .

ومنه يعلم حينئذٍ : أنّه لو طلّق وقلنا : إنّه ليس اختياراً ، أو نصب قرينة على ذلك ، أمكن دعوى ظهور وقوعه وصحّته بالاختيار الواقع بعده ، الكاشف عن الزوجيّة حال وقوع الطلاق .

وليس ذا من التعليق في شيء ، بل هو كطلاق الامرأة المعقودة فضولاً قبل تحقّق إجازتها بناءً على أنّ الإجازة للكشف خاصّة ولا تأثير لها في النكاح . ودعوى : أنّ الاختيار ارتجاع لا استدامة ـ والطلاق لا يقع إلّا بالزوجة ـ واضحة المنع .

ولو قذف واحدة واختار غيرها وجب الحدّ ، وسقط بالبيّنة خاصّة دون اللعان ؛ لأنّها بحكم أجنبيّة وإن كان لها حكم الزوجة قبل الاختيار .

ولو طلّق أو ظاهر أو آلى أو قذف بعد إسلامه حال كفرهنّ ؛ فإن خرجت العدّة على كفرهنّ فلا حكم للجميع حتّى القذف بالنسبة إلى اللعان ، وبالنسبة إلى الحدّ لأنّهنّ كافرات ، وإنّما عليه التعزير فيه ، ويسقط بالبيّنة .

وإن أسلمن فيها فالأقرب وقوع الطلاق عليهنّ إن لم يزدن على النصاب ، أو لم يطلّق إلّا النصاب فما دون ، فإنّ بقاء الزوجيّة مراعى بالإسلام في العدّة فكذا الطلاق ، ولا جهة لبطلانه ؛ فإنّ الإسلام كاشف عن بقاء الزوجيّة .

وإن زدن ووقع الطلاق على النصاب أو ما دونه كان اختياراً عند من عرفت ، ويحتمل العدم ؛ لأنّه حين طلّق لم يكن له الاختيار ، وإن اختار لم يصحّ ، والإسلام مشترك بين الجميع . نعم ، إن اختار المطلّقات صحّ طلاقهنّ ، فهو طلاق مراعى بالإسلام والاختيار جميعاً .

ج ٣٠ / ٦٣

وإن زدن على النصاب وطلّق الكلّ ، كشف الإسلام عن صحّته على النصاب ، وتتعيّن بالاختيار أو القرعة .

وأمّا الظهار والإيلاء ؛ فإن اختار من أوقع عليها ذلك صحّ وترتّبت عليه أحكامه ، وإلاّ فلا .

وأمّا القذف ؛ فإن اختار المقذوفة فعليه التعزير ؛ لأنّه قذفها كافرة ويسقط باللعان أو البيّنة ، وإن لم يخترها أسقطه بالبيّنة خاصّة .

ثمّ على فرض كون الطلاق اختياراً ، فهل ينزّل الكناية عنه منزلته؟ إشكال ، أقربه عند الفاضل العدم[1] ؛ لأنّها لا تفيد الطلاق فلا تفيد الاختيار وإن قصد بما تلفّظ به الطلاق .

لكن فيه : أنّ الاختيار لا ينحصر في لفظ ، بل العبرة فيه بما في النفس ، فمع فرض أنّا علمنا قصده الطلاق بذلك يكون اختياراً وإن لم يقع طلاق ؛ لما عرفت من دلالة قصد معنى الطلاق عليه عندهم ؛ ولذا يقع به عندهم وإن كان فاسداً .

بل قد يقال : بكونه اختياراً لو أوقع طلاقاً مشروطاً بالإسلام ، كما لو

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٦.

قال: «كلّما أسلمت منكنّ واحدة فهي طالق» بناءً على تأثير الاختيار لو وقع حال الكفر، ولكن يراعى بالإسلام في العدّة.

ولو قال: «إن دخلت الدار ـ مثلاً ـ فقد اخترتك للنكاح» مثلاً لم يقع؛ لاشتراط التنجيز فيه كغيره من أسباب المعاملات، فإنّ الدليل فيها جميعاً متّحد.

وليس ذا من قبيل تعليق الطلاق، كما لو قال: «أنت طالق إن جاء زيد، أو إن طلعت الشمس، أو إن كانت الشمس طالعة»، فإنّه يمكن أن يكون اختياراً؛ لأنّه ليس تعليقاً له بل للطلاق الذي قد عرفت دلالة قصده عندهم على الاختيار وإن لم يقع الطلاق بذلك.

هذا كلّه في الاختيار بالقول صريحاً أو كنايةً.

﴿وإمّا بالفعل فـ﴾ لا خلاف أجده عندهم[١] فيما دلّ عليه صريحاً؛ لأولويّة اندراجه في قوله ﷺ: «أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ»[٢] من القول.

ج ٣٠ / ٦٤

بل ظاهر المصنّف وغيره[٣] ذلك أيضاً في ﴿مثل أن يطأ﴾ها ﴿إذ ظاهره الاختيار﴾ باعتبار دلالته على الرغبة فيها، وحمل فعله على

---

(١) نسبه إلى الأصحاب ـ فقال: «قالوا» ـ في الحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢٤ ص ٤٣، ونفى الخلاف عن وقوعه بالوطء في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٢.

(٢) تقدّم في ص ١٠٤.

(٣) كالشيخ في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣١.

الوجه الصحيح السالم عن الزنا ؛ ولذا عدّ رجوعاً في الطلاق وفسخاً في خيار البائع ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو وطئ أربعاً ثبت عقدهنّ واندفع﴾ عقد ﴿البواقي﴾ .

لكن قد يشكل ذلك : ـ بعد عدم الدليل شرعاً على كونه اختياراً ، وإنّما هو من حيث الدلالة ـ بأنّه لابدّ من تقييده بوطء[1] المتذكّر المتنبّه ، لا مطلق الوطء ، وبما إذا لم يكن ثَمَّ قرينة تدلّ على عدم قصده الاختيار .

بل قد يشكل أيضاً مع ذلك : فيما إذا ادّعى عدم خطور الاختيار في الذهن حال الوطء وعدم قصده ؛ فإنّ الحكم عليه بمجرّد وقوع الوطء منه ـ خصوصاً بعد الدعوى منه ـ لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد إشكاله في التقبيل واللمس بشهوة ، قال :

﴿ولو قبّل أو لمس بشهوة، يمكن أن يقال: هو اختيار كما هو رجعة في حقّ المطلّقة، وهو يشكل بما يتطرّق إليه من الاحتمال﴾ ضرورة عدم ظهور الفرق بينهما بناءً على كون المدرك في ذلك حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح الذي هو مشترك بينهما .

بل مقتضى ذلك عدم التقييد بشهوة ، فإنّ مطلق التقبيل واللمس محرّم لغير الزوجة ، فمقتضى حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح كونه اختياراً .

---

(١) في بعض النسخ: بالوطء.

لكن هو كما ترى ؛ ضرورة عدم اقتضاء صحّة فعل المسلم الحكم بوجود الشرط الذي عدمه مقتضى الأصل حتّى بالنسبة إلى غير ذلك الموضوع الذي فعله المسلم ، خصوصاً بعد دعواه عدم القصد الذي هو أدرى به من غيره ، وخصوصاً مع عدم معارضة الزوجة بالإنكار لعدم علمها أو لغيره .

فالوجه : التوقّف فيه ما لم تقم قرينة على قصد الاختيار قبله بعد عدم الدليل شرعاً على عدم كونه اختياراً ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

ولو تزوّج بأُخت إحداهنّ قبل الفسخ أو الاختيار لم يصحّ لبقاء علقة الزوجيّة ، وهل يكون اختياراً لفسخ عقد أُختها إذا كان تحته أكثر من النصاب سواء كان دواماً أو متعةً؟

إشكال : من التنافي ، واختيار أحد المتنافيين يدلّ على كراهة الآخر وإن كان فاسداً . ومن أنّ التنافي إنّما يكون إذا صحّ وليس كما عرفت ، والعموم إذ ربّما غفل أو جهل .

ج ٣٠ / ٦٥

قلت : يتّجه كونه اختياراً بناءً على ما ذكروه من حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، كما أنّه يتّجه حينئذٍ الحكم بصحّة عقد الأُخت وفسخ عقد السابقة مع فرض عدم العلم بحاله ، فيكون من الفعل الدالّ كنايةً . نعم ، فيه : ما قدّمناه سابقاً من الإشكال .

ولو قال : «حصرت المختارات في ستّ» مثلاً وعيّنهنّ انحصرن فيهنّ ، فتعتدّ الباقيات حينئذٍ ؛ لدلالته على فسخ نكاحهنّ .

ولو لحقه أربع وتخلّف أربع فعيّن الأوائل للنكاح صحّ؛ لإطلاق الأدلّة.

ولو عيّنهنّ للفسخ ففي القواعد: «لم يصحّ إن كان الأواخر وثنيّات، وإلّا صحّ»[1]. وكأنّ وجهه: إمكان أن لا يسلمن، فيتعيّن الأوائل للزوجيّة، بخلاف الكتابيّات فإنّ اختيارهنّ غير موقوف على إسلامهنّ.

ولو عيّن المتخلّفات للفسخ فلا إشكال.

لكن فيه: أنّه يمكن أن يقال بالصحّة في الأوّل على وجه المراعاة، فإن أسلمن الأواخر علم أنّ الفسخ في محلّه وإلّا كان باطلاً، فيكون حينئذٍ شرط الفسخ تجويز إمكان بقاء الزوجيّة لا العلم بإمكان بقائها؛ لإطلاق الأدلّة الذي لا يعارضه أصل عدم الانفساخ وعدم تعيّن البواقي للزوجيّة، فتأمّل جيّداً.

وكيف كان، فيجب الفور في الاختيار على وجهٍ لا يستلزم الضرر والتعطيل على الأزواج، فإن امتنع مع ذلك ألزمه الحاكم به، فإن أصرّ على الامتناع قيل: «إنّه يعزّر حتّى يختار، ولا يختار عنه الحاكم؛ لأنّه منوط بالشهوة»[2].

قلت: يمكن دعوى تولّي الحاكم مع ذلك؛ لعموم ولايته على مثله،

(١) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٧.

(٢) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٤.

ومنه يعلم تولّي ولاية وليّ المجنون له ـ بل والصغير ـ للعموم.

لكن في القواعد: «ولو أسلم الكافر بعد أن زوّج ابنه الصغير بعشر تبعه ابنه في الإسلام، فإن أسلمن مع الأب اختار بعد البلوغ، ويمنع ـ أي وهو صغير ـ من الاستمتاع بهنّ، وتجب النفقة عليهنّ، ولو أسلم[1] المجنون ففي التبعيّة إشكال؛ فإن قلنا به تخيّر الأب أو الحاكم»[2]، بل عن معطى كلام التذكرة الإيقاف فيه أيضاً إلى البرء؛ لأنّ الاختيار بالتشهّي[3].

وفيه: أنّ إطلاق الولاية يشمل ذلك، خصوصاً مع قاعدة نفي الضرار[4]، والقياس على الطلاق غير جائز عندنا، فيقوى حينئذٍ وقوعه عن الولي فضلاً عن الوكيل.

ولعلّ في ذلك كفاية عمّا يتصوّر من الفروع في المقام، خصوصاً بعد ملاحظة النظائر في الخيارات ونحوها، فلاحظ وتأمّل، والله المؤيّد والعالم.

↑ ج ٣٠ / ٦٦

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: أب.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٦.

(٣) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٥٣ (الطبعة الحجرية).

(٤) سنن ابن ماجة: ح ٢٣٤٠ و٢٣٤١ ج ٢ ص ٧٨٤، سنن البيهقي: ج ٦ ص ٦٩، المعجم الأوسط (للطبراني): ح ٥١٩٣ ج ٥ ص ٣٨٢، مسند أحمد: ج ٥ ص ٣٢٧، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ١١٠، كنز العمّال: ح ٩١٦٧ ج ٣ ص ٩١٩ وح ٩٤٩٨ ج ٤ ص ٥٩.

﴿المقصد الثالث﴾

﴿في مسائل مترتّبة[1] على اختلاف الدين﴾

﴿الأولى﴾

﴿إذا تزوّج﴾ الكافر ﴿امرأة وبنتها﴾ دفعةً أو ترتيباً ﴿ثمّ أسلم بعد الدخول بهما﴾ وكنّ كتابيّتين مثلاً ﴿حرمتا﴾ أبداً عليه ؛ لصدق «أُمّهات نسائكم»[2]، وصدق «ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ»[3].

﴿وكذا لو كان[4]﴾ قد ﴿دخل بالأُمّ﴾ وحدها ؛ لذلك أيضاً ، بخلاف ما لو دخل بالبنت وحدها ، فإنّه يثبت نكاحه لها ، وتختصّ الأُمّ بالحرمة أبداً بأُمّهات النساء .

والوجه في ذلك كلّه : ما عرفت من أنّ الكفّار مخاطبون بالفروع عندنا ، إلّا أنّه يحكم بصحّة ما في أيديهم من النكاح وغيره ـ بمعنى : ترتّب الآثار عليه ـ وإن كان فاسداً عندنا ، بل يقرّون عليه بعد الإسلام ما لم يكن المفسد مستمرّاً ، فإنّه لا يقرّ عليه حينئذٍ بعد الإسلام ؛ ضرورة كونه كالمسلم الذي يعرض لنكاحه الصحيح ذلك ، فيفسد به ، فإنّ استدامة صحّة نكاح الكافر المقرّ عليها لا تزيد على استدامة نكاح

---

(١) في نسخة الشرائع: مرتّبة.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) ليست في نسخة المسالك.

المسلم الصحيح.

ومن ذلك ما نحن فيه، فإنّه لا ريب في بطلان نكاح المسلم بعروض صدق اُمّهات النساء والربيبة المدخول باُمّها بالرضاع مثلاً، فاستدامة نكاح الكافر كذلك.

وكذا يبطل نكاح الاُمّ خاصّة لو فرض عروض الاندراج في اُمّهات النساء دون الربيبة التي لم يدخل باُمّها، كما لو أرضعت زوجته الكبيرة التي لم يدخل بها زوجته الصغيرة فإنّها تحرم الكبيرة دون الصغيرة، فكذلك الكافر الذي أسلم، فإنّه بإسلامه يكون قد عرض لنكاحه المقرّ عليه صدق الاندراج الذي قد سمعت حكمه، ورفع ذلك عنه في حال كفره لا يقتضي رفع حكمه حال الإسلام بعد فرض كونه مفسداً في الابتداء وفي الاستدامة.

ج ٣٠ / ٦٧

ومن ذلك يعلم الوجه في قول المصنّف وغيره[1] هنا: ﴿أمّا لو لم يكن﴾ الكافر ﴿دخل بواحدة﴾ منهما أي الاُمّ والبنت وأسلم ﴿بطل عقد الاُمّ﴾ وحرمت عليه أبداً باُمّهات النساء ﴿دون البنت﴾ فإنّه يثبت عقدها؛ لأنّها ربيبة لم يدخل باُمّها، فهو حينئذٍ كالمسلم الذي أرضعت زوجته الكبيرة الصغيرة قبل الدخول.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا اختيار﴾ له؛ ضرورة تعيّن المحلّلة له ﴿و﴾ هي

---

(١) كالعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٢، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٧٦.

البنت خاصّة.

لكن ﴿قال الشيخ: له التخيير﴾ فإنّ المحكي عنه في الخلاف: «إذا جمع بين العقد على الأُمّ والبنت في حال الشرك بلفظ واحد ثمّ أسلم كان له إمساك أيّتهما شاء ويفارق الأُخرى».

وفي المبسوط: «إن لم يدخل بهما قيل: يتخيّر في إمساك أيّتهما شاء، وقيل: يثبت نكاح البنت، ويقوى في نفسي الأوّل»[١].

وفي المختلف: «احتجّ الشيخ: بأنّ المشرك إذا جمع بين من لا يجوز له الجمع بينهما في نكاح، فإنّما يحكم بصحّة نكاح من ينضمّ الاختيار إلى عقدها، ألا ترى أنّه إذا عقد على عشر دفعة واحدة وأسلم اختار منهنّ أربعاً، فإذا فعل حكمنا بأنّ نكاح الأربع وقع صحيحاً، ونكاح البواقي وقع باطلاً، بدليل: أنّ نكاح البواقي يزول، ولا يجب عليه نصف المهر إذا كان قبل الدخول، فإذا كان كذلك فمتى اختار إحداهما حكمنا بأنّه هو الصحيح والآخر باطل».

«ولأنّه إذا جمع بين من لا يجوز الجمع بينهما واختار في حال الإسلام لكان اختياره بمنزلة ابتداء عقد، بدليل: أنّه لا يجوز أن يختار إلّا من يجوز له أن يستأنف نكاحها حين الاختيار، وإذا كان الاختيار كابتداء العقد كان كأنّه الآن تزوّج بها وحدها، فوجب أن يكون له اختيار كلّ واحدة منهما»[٢].

---

(١) الخلاف: النكاح / مسألة ١٠٨ ج ٤ ص ٣٣١.

(٢) المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٢١.

ج ٣٠ / ٦٨

ثمّ أجاب عنه في المختلف بـ«أنّ الذي ذكره إنّما يتمّ في صورة الاختيار في حال الإسلام، وهنا لا يمكن الاختيار في حال الإسلام، فإنّ الأُمّ حرمت بمجرّد العقد على البنت»[١].

وهذا الجواب منه رحمه الله مبنيّ على ما استدلّ به للمطلوب من «أنّ المقتضي للتحريم موجود، والمانع لا يصلح للمانعيّة، أمّا وجود المقتضي: فللأدلّة المانعة من الجمع بين الأُمّ والبنت من الكتاب والسنّة المتواترة والإجماع. وأمّا عدم صلاحيّة المانع: فلما تقرّر في الأُصول من أنّ الكفّار مخاطبون بالفروع»[٢].

وفيه: أنّ هذه المسألة غير مبنيّة على ذلك، وإلّا كان المتّجه ما ذكره الشيخ من عدم حرمة إحداهما عليه؛ ضرورة أنّ المسلم لو عقد على الأُمّ والبنت دفعةً لم تحرم إحداهما عليه، بل له استئناف العقد على كلّ منهما، فكذلك الكافر بناءً على الشركة، بل لو عقد على الأُمّ أوّلاً ثمّ عقد على البنت بعد ذلك لم تحرم بذلك الأُمّ.

إلى غير ذلك من الأحكام التي تترتّب على قاعدة الاشتراك المنافية لإطلاق الأصحاب هنا بل ولصريحه، فالأولى الاستدلال بما عرفت.

﴿و﴾ منه يعلم: أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ لا ما ذكره الشيخ الذي يأتي مثله في مسألة الدخول؛ ضرورة كونه حينئذٍ بمنزلة عدمه قبل الاختيار الذي هو ابتداء نكاح، فإنّ «الإسلام يجبّ ما قبله»[٣] ﴿و﴾ فيه: أنّه

---

(١) مختلف الشيعة: النكاح / المحرّمات (المصاهرة) ج ٧ ص ٧٠. (٢) المصدر السابق.

(٣) مسند أحمد: ج ٤ ص ١٩٩، كنز العمّال: ح ٢٤٣ و٢٩٧ ج ١ ص ٦٦ و٧٥، مجمع ←

لا يمنع صدق الاندراج في عنوان المحرّم.

نعم، قد يقال: إنّ الحكم فيما ﴿لو أسلم عن أمة وبنتها﴾ مبنيّ على قاعدة الاشتراك ﴿فـ﴾يقال حينئذٍ: ﴿إن كان وطئهما حرمتا﴾ عليه أبداً ﴿وإن كان وطئ إحداهما حرمت الأُخرى﴾ خاصّة أبداً ﴿وإن لم يكن وطئ واحدة﴾ منهما ﴿تخيّر﴾ كالمسلم في ذلك كلّه حتّى في الصورة الأُولى، بناءً على أنّ وطء الشبهة يحرّم السابقة أيضاً.

ج ٣٠ / ٦٩

اللّهمّ إلّا أن يقال: بالحرمة هنا وإن لم نقل به في وطء الشبهة، فيختصّ الكافر حينئذٍ بذلك، وينزّل حينئذٍ وطؤه لكلّ منهما منزلة عقده على كلّ منهما ودخوله المحكوم بصحّته في حال الكفر، فيترتّب حينئذٍ عليه بعد الإسلام ما يترتّب على الصحيح، فيفيد الحرمة على كلّ منهما أبداً.

﴿ولو أسلم عن أُختين﴾ تزوّجهما دفعةً أو مرتّباً ﴿تخيّر أيّتهما شاء ولو كان﴾ قد ﴿وطئهما﴾ بعين ما عرفته سابقاً، فهو حينئذٍ كالمسلم الذي ارتضعت زوجته الصغيرة من لبن أُمّ الكبيرة، فإنّه يتخيّر واحدة منهما. نعم، يفرّق بينهما بالاحتياج إلى عقد مستأنف ـ في وجه ـ في المسلم بخلاف الكافر.

﴿وكذا﴾ يتخيّر ﴿لو كان﴾ أسلم و﴿عنده امرأة وعمّتها أو خالتها

← الزوائد: ج ٩ ص ٣٥١، سنن البيهقي: ج ٩ ص ١٢٣، الجامع الصغير: ح ٣٠٦٤ ج ١ ص ٤٧٤، السيرة الحلبيّة: ج ٢ ص ٦٩٨، السيرة النبويّة (لابن هشام): ج ٣ ص ٢٧٢، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٤ ص ٢٥٢.

ولم تجز العمّة ولا الخالة[١] الجمع﴾ لأنّه بعد الحكم باستمرار صحّة عقده المقرّ عليه ـ من غير فرق بين سبق العمّة وتأخّرها والمقارنة ـ يكون حينئذٍ بعد الإسلام بمنزلة مسلم قد عقد على العمّة وبنت أخيها دفعةً من غير رضا العمّة، فيتخيّر إحداهما بعقد مستأنف أو بدونه على الوجهين، كالأُختين أو كمسلم عرض ذلك لنكاحه برضاع مثلاً.

﴿أمّا لو رضيتا﴾ أي العمّة والخالة ﴿صحّ الجمع﴾ بلا إشكال، بل الظاهر كفاية رضاهما في حال الكفر؛ لإطلاق الأدلّة. فاحتمال: أنّه بعد الإسلام كابتداء نكاح لابدّ له من رضا مستأنف، مدفوع بها.

﴿وكذا لو أسلم عن حرّة وأمة﴾ زوجتين، يصحّ الجمع مع فرض رضا الحرّة ولو حال الكفر، وإلّا انفسخ عقد الأمة؛ لأنّه يكون بعد إسلامه بمنزلة عقد المسلم عليهما دفعةً الذي قد سمعت أنّ الحكم فيه انفساخ عقد الأمة مع عدم رضا الحرّة نصّاً وفتوى، أو بمنزلة عروض ذلك للمسلم بعد نكاحه بأن أُسرت إحدى زوجتيه فصارت أمة.

ومن ذلك يعلم: أنّ الحكم في الحرّة والأمة غيره في العمّة والخالة وإن اشتركا في صحّة الجمع مع الرضا.

ج ٣٠ / ٧٠

مع أنّه قد يشكل ـ إن لم يكن إجماعاً ـ: بأنّ المتّجه الانفساخ في الأمة وإن رضيت الحرّة، بناءً على عدم جواز نكاحها مع التمكّن من الحرّة كما جزم به العامّة[٢].

---

(١) في نسخة المسالك: ولم تجز الخالة ولا العمّة.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠، الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

اللّهمّ إلّا أن يفرّق بين الابتداء والاستدامة، كما لو أسلم زوج الكتابيّة، فإنّه يقرّ عليه حتّى على القول بعدم جواز نكاحها غبطةً ابتداءً.

لكن لا يخفى عليك احتياجه إلى الدليل، وليس إلّا الإجماع إن ثبت، والله العالم.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا أسلم المشرك وعنده حرّة وثلاث إماء﴾ وثنيّات ﴿بالعقد، فأسلمن معه، تخيّر مع الحرّة اثنتين[1] إذا رضيت الحرّة﴾ لعدم جواز نكاح الأزيد منهما له.

﴿و﴾ كذا ﴿لو أسلم الحرّ وعنده أربع إماء بالعقد، تخيّر﴾ منهنّ ﴿أمتين﴾.

﴿ولو كنّ﴾ أربع ﴿حرائر﴾ ذمّيّات مثلاً ﴿ثبت عقده عليهنّ﴾.

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو أسلمن قبل انقضاء العدّة﴾ يتخيّر أمتين من الأربع إن كنّ إماء، ويثبت عقده عليهنّ إن كنّ حرائر وثنيّات؛ لأنّ إسلامهنّ في العدّة كإسلامهنّ معه.

﴿ولو كنّ أكثر من أربع فأسلم بعضهنّ، كان بالخيار بين اختيارهنّ وبين[2] التربّص، فإن لحقن به أو بعضهنّ ولم يزدن عن أربع﴾ واختارهنّ ﴿ثبت عقده عليهنّ، وإن زدن عن أربع تخيّر

(١) في نسخة الشرائع بدلها: أمتين.

(٢) «بين» ليس في نسخة المسالك.

أربعاً، ولو اختار من سبق إسلامهنّ لم يكن له خيار في الباقيات ولو لحقن به قبل العدّة﴾ بلا خلاف في شيء من ذلك[١] ولا إشكال؛ لإطلاق الأدلّة.

ولو اختار الأربع من الكافرات حال كفرهنّ، واتّفق لحوقهنّ به في العدّة، أمكن الاكتفاء به وثبوت عقده حينئذٍ عليهنّ. وليس هو من التعليق بعد انكشاف كونهنّ من محلّ الاختيار بإسلامهنّ في العدّة، نعم لو علّق اختياره على من سبق إسلامهنّ احتمل بطلانه للتعليق.

↑ ج ٣٠ / ٧١

أمّا لو اختار أربعاً مخصوصات منهنّ فاتّفق إسلامهنّ لحقه حكم الاختيار.

ولا يخفى عليك: أنّ ما ذكرنا من الإماء مبنيّ على جواز نكاح الأمة للحرّ القادر على الحرّة، وإلّا لم يجز له اختيار الأمة وإن رضيت الحرّة، كما هو واضح.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو أسلم العبد وعنده أربع حرائر وثنيّات، فأسلم[٢] معه اثنتان﴾ فصاعداً ﴿ثمّ أُعتق ولحق به من بقي لم يزد على اختيار

---

(١) ينظر المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، والجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٣، وتحرير الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٨٧، وجامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٣٦.

(٢) في نسخة الشرائع: فأسلمت.

اثنتين﴾ وإن كان لحوقهنّ به في العدّة ﴿لأنّه كمال العدد المحلّل له﴾ حال إسلامه الذي هو ابتداء جريان أحكام المسلمين عليه.

﴿ولو أسلمن[1]﴾ جميعهنّ قبله ﴿ثمّ أُعتق ثمّ أسلم، أو أسلمن بعد عتقه وإسلامه في العدّة ثبت نكاحه عليهنّ﴾.

بلا إشكال في الصورة الأُولى ﴿لاتّصافه بالحرّيّة المبيحة للأربع﴾ قبل إسلامه.

وسبق إسلامهنّ ـ بعد أن كان زمان العدّة لهنّ مراعى فيه حال الزوج ـ غير منافٍ، وإن انكشف حينئذٍ بإسلامه فيه حرّاً أنّهنّ زوجات له من حين إسلامهنّ وإن كان عبداً فيه؛ لأنّ العبوديّة حال الكفر المتعقّبة للحرّيّة والإسلام لا تنافي نصاب الأربع، كما لا ينافي كفره المتعقّب للإسلام في العدّة كونهنّ زوجات له حال إسلامهنّ المفروض كفره فيه.

ودعوى: أنّه بإسلامهنّ قبله تبين اثنتان منهنّ، وتبقى اثنتان مراعى بإسلامه في العدّة.

يدفعها: منع ذلك، بل المتّجه أنّ المراعاة زمان العدّة لحال إسلامه، فإن أسلم حرّاً لحقه حكم الحرّ المسلم، وإن كان عبداً لحقه حكم العبد المسلم؛ ضرورة أنّه إذا أُعتق ثمّ أسلم قبلهنّ لحقه حكم الحرّ المسلم، ولا عبرة بنكاحه الأربع حال كونه كافراً عبداً بعد أن أُقرّ عليه،

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: كلّهنّ.

فكذا زمان العدّة الذي أمهله الشارع فيه ﴿و﴾ جعل الشارع إسلامه فيه مثل إسلامه معهنّ، فهو حينئذٍ حرّ قد أسلم هو وهنّ دفعة واحدة، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٧٢

نعم ﴿في الفرق﴾ بين الصورة الأُولى والصورة الأخيرة ﴿إشكال﴾ ضرورة اشتراكهما في مقتضي الأربع أو مقتضي الاثنتين، فلا وجه لقصر اختياره في الأُولى على اثنتين؛ ولبقاء نكاحه على الأربع في الأخيرة، بل لعلّ المتّجه فيهما الاقتصار على اثنتين؛ لأنّه عبد حال إسلامه الذي هو ابتداء جريان الأحكام عليه، وليس الاختيار ابتداء نكاح حتّى تلحظ رقّيّته وحرّيّته حاله.

على أنّ إسلام الاثنتين في الصورة الأُولى لا يعيّن عليه الاختيار؛ لأنّ له انتظار الأُخرتين في العدّة، فلو كان المدار على حاله عنده لاتّجه حينئذٍ ثبوت نكاحه عليهنّ أجمع مع فرض لحوق الاثنتين في العدّة وبعد عتقه؛ ضرورة كونه حرّاً حينئذٍ كالصورة المتأخّرة.

ومن هنا يتّجه أن يقال: إنّ الضابط في بقاء نكاحه عليهنّ أجمع واقتصاره على الاثنتين سبق حرّيّته على إسلامه وتأخّرها عنه.

ففي الأوّل يثبت نكاحه عليهنّ سواء أسلمن قبله أو بعده أو معه أو بعضهنّ قبله أو معه وبعضهنّ بعده؛ لكونه حال جريان حكم الإسلام عليه حرّاً، ولا عبرة بعبوديّته حال الكفر الذي قد أُقرّ على نكاحه فيه وإن كان فاسداً عندنا.

وفي الثاني لا يزيد على اختيار اثنتين ؛ لكونه حال إسلامه عبداً، فيثبت له حكم العبد المسلم، من غير فرق بين إسلام اثنتين معه وعدمه ؛ لعدم مدخليّة وجود محلّ الاختيار في ذلك بعد أن لم يكن متعيّناً عليه.

وبذلك ظهر لك حكم سائر الصور التي ذكرها في المسالك[١] وغيرها[٢]، وأطالوا الكلام فيها، ولعلّ ما ذكرناه هو ظاهر الفاضل في القواعد حيث قال: «ولو أسلم العبد عن أربع حرائر فصاعداً وثنيّات ثمّ أُعتق ولحقن به في العدّة تخيّر اثنتين، فإذا اختارهما انفسخ نكاح البواقي وكان له العقد على اثنتين أُخريين، ولو أُعتق أوّلاً ثمّ أسلم ولحقن به تخيّر أربعاً»[٣].

لكن في كشف اللثام: «هذا يشمل ما إذا تقدّم العتق على إسلامهنّ أو تأخّر أو توسّط، وعلى الأوّل الأقوى ـ وفاقاً للمبسوط والتذكرة والتحرير ـ ثبوت النكاح على الجميع، فإنّ استقرار الاختيار من حين إسلامهنّ، وهو حينئذٍ حرّ».

«وعلى التوسّط بأن أسلم ثمّ أسلمت اثنتان أو أسلمتا معه ثمّ أُعتق ثمّ لحقت به الأُخريان في العدّة يحتمل: ثبوت النكاح على الجميع، من أنّه لا يتعيّن عليه اختيار من سبقت إلى الإسلام ؛ لجواز التربّص إلى

↑ ج ٣٠ / ٧٣

(١) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤.
(٢) كتذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٥٦ (الطبعة الحجرية).
(٣) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٤.

إسلام الباقيتين، وإذا أسلمتا كان حرّاً. والعدم ـ كما في المبسوط ـ من تحقّق الاختيار من حين إسلام الأوّلتين وإن جاز له التربّص إلى إسلام الأخيرتين وهو حينئذٍ عبد»[١].

وقد تبع بذلك ثاني الشهيدين الذي قد جعل وجه الفرق بين الصورة الأُولى والمتأخّرة: وجود محلّ الاختيار حال العبوديّة، فيتعيّن عليه اثنتان، بخلافه في المتأخّرة وفيما لو أسلم معه واحدة... وغير ذلك ممّا لا يتحقّق معه خطاب الاختيار؛ لعدم وجود موضوعه أو عدم كماله. بخلاف ما لو أسلم معه اثنتان أو ثلاث مثلاً، فإنّ الاختيار قد يتحقّق وإن كان له تأخيره إلى التمام، لكن تشخّص أنّ اختياره اثنتين وإن أخّر ذلك إلّا أنّه لا يتغيّر اختياره؛ لأنّ الفرض تحقّق موضوعه وهو عبد، فيكون له اختيار العبد وإن تعقّبت الحرّيّة.

وقد شبّهوا ذلك: بما إذا طلّق العبد امرأته طلقتين ثمّ أُعتق، فإنّه لا يملك بالعتق طلقة ثالثة ولم يجز نكاحها إلّا بمحلّل، ولو طلّقها طلقة ثمّ أُعتق ونكحها أو راجعها ملك طلقتين.

وبما إذا كانت تحته حرّة وأمة فقسّم للحرّة ليلتين وللأمة ليلة ثمّ أُعتقت الأمة؛ فإن أُعتقت بعد تمام ليلتها لم تستحقّ زيادة، وإن أُعتقت قبل تمامها كمّل لها ليلتين.

ثمّ قال: «والعبارة الجامعة لهذه المسائل أن يقال: الرقّيّة

(١) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٤٢.

والحرّيّة إذا تبدّل أحدهما بالآخر؛ فإن بقي من العدد المعلّق بكلّ واحد من الزائل[1] والطارئ شيء أثّر الطارئ، وكان الثابت على[2] العدد المعلّق به، زائداً كان أم ناقصاً، وإن لم يبق منهما جميعاً لم يؤثّر الطارئ ولم يغيّر حكماً».

«ففي مسألتنا إذا أسلم معه حرّتان ثمّ عتق لم يبق من العدد المعلّق بالزائل شيء، فلم يثبت العدد المعلّق بالطارئ، وإذا أسلمت معه واحدة بقي من العدد المعلّق بالزائل شيء، ومن العدد المعلّق بالطارئ شيء، فأثّر العتق وثبت حكمه، وعلى هذا قياس باقي المسائل».

«وممّا يتفرّع على هذا الأصل: ما لو طلّق الذمّي زوجته طلقتين ثمّ التحق بدار الحرب ناقضاً للعهد، فسبي واسترقّ ونكح تلك المرأة بإذن مالكه يملك عليها طلقة؛ لأنّه بقي من عدد الزائل شيء، ولم يبق من عدد الطارئ شيء، فلم يؤثّر الطارئ».

«ولو كان قد طلّقها طلقة فإذا نكحها لا يملك عليها إلّا طلقة؛ لأنّه بقي من عدد الزائل طلقتان ومن عدد الطارئ طلقة، وكان الثابت حكم الطارئ وهو الرقّ»[3].

↑ ج ٣٠ / ٧٤

ولا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا ما في جميع ذلك حتّى الفرق بين المشبّه والمشبّه به؛ ضرورة أنّ العبد إذا طلّق طلقتين وقع الحكم بالتحريم المحتاج إلى محلّل، فحصول العتق بعده لا يؤثّر في

---

(١) في بعض النسخ بدلها ـ في الموارد الخمسة في عبارة المسالك ـ: الزائد.

(٢) ليست في نسخة المسالك.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٠ و٣٨٤ ـ ٣٨٥.

رفعه ، وإذا مضى قرءان وقع الحكم ببراءة الأمة[١] وبتحليلها للأزواج ، وكذا باقي النظائر .

بخلاف المقام ، فإنّه لا يصير مستوفياً لحقّه بإسلام اثنتين معه ، وإنّما يصير متمكّناً من الاستيفاء ، والتمكين من الشيء لا يحلّ محلّ الشيء .

وأمّا ما ذكره من العبارة الجامعة لم[٢] نعرف مدركه ، بل هي محض دعوى بلا دليل .

والمتّجه : ما عرفت من كون العبرة بالعتق قبل إسلامه وبعده ، ففي الأوّل يجري عليه حكم المسلمين الأحرار ، وفي الثاني يجري عليه حكم المسلمين العبيد ؛ لأنّ حال إسلامه هو حال جريان الأحكام عليه ، والاختيار وعدمه لا مدخل له في ذلك ، كما لا مدخل له في صدق تناول الأدلّة التي هي «حرّ أسلم عن أربع» و«عبد أسلم عن ذلك» كما هو واضح بأدنى تأمّل ، والله العالم .

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿اختلاف الدين فسخ﴾ قطعاً ﴿لا طلاق﴾ فلا يلحقه حكمه إلّا بدليل :

﴿فإن كان من المرأة قبل الدخول سقط به المهر﴾ الذي هو بمنزلة العوض ، فإذا انفسخ العقد الذي كان قد أوجبه قبل استيفاء

---

(١) في بعض النسخ بدلها: الذمّة.

(٢) الأولى التعبير بـ «فلم».

المعوّض رجع استحقاق العوض إلى مالكه، سيّما مع كون الفسخ من قبلها وإن كان بأمر واجب عليها، من غير فرق بين كونه عيناً أو ديناً تصرّفت به أو لا.

وتقصيره بعدم إسلامه لا يرفع مقتضى قاعدة الفسخ، وثبوته في ذمّته لو ماتت أو مات ـ على القول به ـ لعدم ثبوت كون الموت فسخاً؛ ولذا جاز النظر واللمس والتغسيل... ونحو ذلك.

وفي صحيح ابن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام: «في نصرانيّ تزوّج نصرانيّة، فأسلمت قبل أن يدخل بها؟ قال: قد انقطعت عصمتها منه، ولا مهر لها، ولا عدّة عليها منه»[1].

ج ٣٠ / ٧٥

﴿وإن كان من الرجل فنصفه على قول مشهور﴾ تنزيلاً له منزلة الطلاق قبل الدخول.

وفيه: منع ما يدلّ على التنزيل على وجهٍ يقتضي ذلك؛ ومن هنا استوجه غير واحد من المتأخّرين[2] ثبوت الجميع عليه، بدعوى: إيجاب العقد له أجمع، فيستصحب ثبوته بعد أن لم يكن الفسخ من قبلها، وتقصيرها بعدم الإسلام معه لا يرفع أصل استحقاقها الثابت لها بالعقد.

---

(١) تقدّم في ص ٩٠.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٨٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٦، والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٩.

وفيه : أنّ قاعدة الفسخ ـ التي ذكرناها ـ تقتضي ردّ كلّ عوض إلى مالكه ، فيتّجه حينئذٍ سقوط الجميع عنه ، خصوصاً بعد أن كان سبب الفسخ ليس من تقصيره ، بل من وجوب ذلك شرعاً عليه .

نعم ، قد يقال : بثبوت النصف عليه ؛ لكونه القدر المتّفق عليه بين القولين ، ولقوّة إلحاقه به باعتبار كونهما معاً فسخاً للنكاح قبل الدخول .

وإن كان الأخير ـ كما ترى ـ لا يخرج عن القياس المحرّم ، اللّهمّ إلّا أن يكون مستنده بعض النصوص[1] الواردة في الارتداد المشبِّهة له بالطلاق .

﴿وإن كان بعد الدخول﴾ منه أو منها ﴿فقد استقرّ﴾ المهر ﴿ولم يسقط بالعارض﴾ منه شيء ؛ ضرورة تماميّة المعاوضة حينئذٍ ولو بالانتفاع بالبضع آناً مّا ، والفرض تعذّر ردّه ، وإمكان ردّ مهر المثل ـ مثلاً ـ ليس ردّاً له هنا شرعاً ؛ لكون المقطوع به نصّاً وفتوى استقرار المهر بالدخول ، وفي المسالك : أنّه محلّ وفاق[2] .

ولو أسلما دفعةً ـ بأن تقارن آخر الشهادتين منهما ـ فلا فسخ .

ولو لم يعلم الحال وجهل التاريخ وأمكن الاقتران حكم به عند جماعة[3] .

---

(١) كخبر الحضرمي الآتي في ص ١٥٢.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٥.

(٣) كالشيخ في المبسوط: النكاح /في تزويج المشركين ج٤ ص٢٣٦، والعلّامة في التحرير: ←

وإن علم عدم الاقتران أو قلنا: إنّ الأصل أيضاً يقتضي عدمه فلا شيء لها عليه على ما قلناه، ولها الجميع أو النصف على القولين الآخرين، بل لو ادّعت سبقه وادّعى سبقها كان القول قولها عليهما، فتأمّل جيّداً.

↑ ج ٣٠ / ٧٦

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كان المهر فاسداً﴾ باختلال شرط من شروط صحّته عندنا كالمعلوميّة مثلاً، لا من حيث تحريمه في شرع الإسلام كالخمر والخنزير الذي سيذكر حكمه ﴿وجب به مهر المثل مع الدخول﴾ كالمسلمة المساوية لها في الفروع ﴿وقبله﴾ لا شيء لها إن كان منها، و﴿نصفه إن كان﴾ أي ﴿الفسخ من الرجل﴾ على القول المشهور، وجميعه على القول الآخر، ولا شيء على ما عرفت.

بل قد يشكل الأوّل: بأنّه منافٍ لقاعدة إقرارهم على ما وقع منهم حال كفرهم، فمع فرض جواز ذلك في دينهم ـ وقد حصل القبض فيه ـ يتّجه عدم رجوعها عليه بشيء ﴿و﴾ إن كان قد دخل بها وأمهرها شيئاً مجهولاً.

بل ﴿لو لم يسمّ﴾ لها ﴿مهراً والحال هذه﴾ ودخل بها ـ وكان في دينهم جواز ذلك ـ لم يكن لها عليه شيء؛ لما عرفت.

لكنّه خلاف المصرّح به في كلامهم، بل قالوا: لو لم يسمّ لها مهراً ولم يدخل بها وأسلم دونها ﴿كان لها المتعة كالمطلّقة﴾.

﴿وفيه تردّد﴾ بل منع؛ لما عرفت من عدم كون الفسخ طلاقاً وعدم

← النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٩٣.

ما يقتضي جريان أحكامه عليه. فيتّجه حينئذٍ: عدم شيء لها عليه؛ للأصل وغيره وفاقاً لجماعة[١]، بل قد عرفت أنّ المتّجه ذلك مع الدخول فضلاً عن عدمه؛ لقاعدة الإقرار.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ استيفاء البضع من قبيل الأسباب التي تترتّب عليها مسبّباتها، فهو حينئذٍ كإتلاف كافر مالاً من كافر ـ مثلاً ـ على وجهٍ لم يلتزم به في دينهم، ثمّ أسلم وكان من دين الإسلام التزامه به، فإنّه يجب عليه أداؤه له. وقاعدة الإقرار إنّما هي بالنسبة إلى الصحّة والفساد في العقد ـ مثلاً ـ لا في نحو ذلك، وما نحن فيه منه، فتأمّل جيّداً.

﴿ولو دخل الذمّي﴾ مثلاً ﴿وأسلم وكان المهر خمراً﴾ مثلاً، وقد أقبضه تماماً إيّاها حال الكفر، لم يكن لها شيء، بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنّ «الإسلام يجبّ ما قبله»[٢].

﴿و﴾ إن كان ﴿لم تقبضه﴾ منه ﴿قيل: يسقط[٣]﴾ لأنّها قد رضيت به، فيدام حكم رضاها، وقد تعذّر إقباضه بعد الإسلام بالنسبة إلى المستحقّ عليه، فسقطت المطالبة به.

↑ ج ٣٠ / ٧٧

﴿وقيل: يجب﴾ به ﴿مهر المثل﴾ لأنّها لم ترض إلّا بالمهر، والفرض امتناعه عليه بعد الإسلام، فيرجع إلى مهر المثل. وعن طلحة

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧. والسبزواري في الكفاية: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٢ ص ١٥٤. والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٩.

(٢) تقدّم في ص ١٢١.

(٣) في بعض النسخ ـ مطابقاً لنسخة الشرائع ـ: سقط.

ابن زيد[١] سأل الصادق عليه السلام: «عن رجلين من أهل الذمّة أو من أهل الحرب تزوّج كلّ منهما امرأة، وأمهرها خمراً أو خنازير، ثمّ أسلما؟ فقال: النكاح جائز حلال، ولا يحرم من قبل الخمر ولا من قبل الخنازير. قلت: فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر والخنازير؟ فقال: إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك، ولكن يعطيها صداقاً»[٢].

﴿وقيل: يلزمه قيمته عند مستحلّيه، وهو أصحّ[٣]﴾ عند المصنّف؛ لأنّها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين وتعذّر تسليمها.

ولأنّ مهر المثل قد يزيد عن قيمة المسمّى مع اعتراف الزوجة بعدم استحقاقه، وقد ينقص مع اعتراف الزوج باستحقاقها الأزيد.

ولوجوب قيمة الخمر لو أتلفها متلف على ذمّي وترافعا إلينا.

ولخبر رومي بن زرارة قال للصادق عليه السلام: «النصراني يتزوّج النصرانيّة على ثلاثين دنّ خمراً وثلاثين خنزيراً، ثمّ أسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها؟ قال: ينظر كم قيمة الخمر وكم قيمة الخنزير فيرسل

---

(١) في بعض النسخ: طلحة بن يزيد.

(٢) الكافي: النكاح / باب نكاح أهل الذمّة ح ٥ ج ٥ ص ٤٣٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ١٠ ج ٧ ص ٣٥٥، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب المهور ح ١ ج ٢١ ص ٢٤٣ (مع اختلاف يسير).

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: الأصحّ.

به إليها ثمّ يدخل عليها، وهما على نكاحهما الأوّل»[١].

ولعلّه غير منافٍ للأوّل الذي يمكن إرادة ذلك من الصداق فيه لا مهر المثل. نعم، قد يشكل: بضعف الخبر، كما أنّه قد يشكل سابقه بذلك أيضاً.

والأوّل أوفق بأُصول المذهب كأصل البراءة وقاعدة جبّ الإسلام... وغير ذلك، ومن هنا يقوى حينئذٍ سقوط المهر.

وعلى كلّ حال، فظاهرهم ـ بل صريح البعض[٢] ـ: عدم الفرق في ذلك كلّه بين أن يكون خمراً معيّنة أو كلّيّة؛ لاشتراكهما في تعذّر الدفع.

لكن قد يقال: مع التعيين وإمكان قبض الزوجة إيّاها بنفسها يتوجّه عدم مطالبتها بمهر المثل أو القيمة.

وإن كان قد قبضت بعضاً وبقي بعض، سقط عن الزوج بقدر المقبوض، ووجب بنسبة الباقي إلى المجموع من مهر المثل أو القيمة، فإن كان المهر عشرة أزقاق خمراً وقد قبضت خمسة:

ج ٣٠ / ٧٨

فإن تساوت الأزقاق قيمةً عند مستحلّيها برئ من النصف قطعاً؛ فإنّه النصف عدداً وقيمةً.

وإن اختلف قيمةً احتمل: اعتبار العدد؛ إذ لا قيمة لها، فيكون قد قبضت النصف أيضاً، تساوت الأزقاق صغراً وكبراً أم اختلفت.

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٩ ص ٤٣٧، و«الوسائل»: ح ٢ (مع ذيله) ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٧.

واحتمل: اعتبار الكيل أو الوزن فإنّها ليست من المعدودات، فإنّما يتحقّق قبض النصف إذا اتّحد الزقّ أو تساوت الأزقاق في السعة والامتلاء، أو عيّنا الكيل في العقد فقبضت نصف ما عيّن، كما هو واضح، والله العالم.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا ارتدّ المسلم بعد الدخول حرم عليه وطء زوجته المسلمة﴾ قطعاً، بل وغير المسلمة على ما عرفته سابقاً، من غير فرق بين كونه عن ملّة وفطرة، بل وبين ما قبل الدخول وبعده، ولكن خصّه بالثاني ليترتّب عليه ما بعده.

ثمّ إن كان عن فطرة بانت عنه مطلقاً، فلو وطئها حينئذٍ بشبهة فعليه مهر آخر للشبهة إن كانت له ذمّة.

﴿و﴾ إن كان عن ملّة ﴿وقف﴾ انفساخ ﴿نكاحها﴾ منه ﴿على انقضاء العدّة﴾ فإن عاد إلى الإسلام فيها بان استمرار النكاح، وإلّا بان انفساخه من أوّل الارتداد، كما عرفته سابقاً.

﴿فلو وطئها﴾ حينئذٍ ﴿لشبهة[1] وبقي على كفره إلى انقضاء العدّة، قال الشيخ[2]:﴾ كان ﴿عليه مهران: الأصلي بالعقد، وآخر[3]

---

(١) في نسخة الشرائع: بالشبهة.

(٢) المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٨.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: والآخر.

للوطء بالشبهة﴾ .

﴿وهو يشكل: بأنّها[1] في حكم الزوجة إذا لم يكن عن فطرة﴾ فلا يترتّب على وطئه شيء ؛ ولهذا لو رجع لم يفتقر إلى عقد جديد ، فليس الارتداد حينئذٍ إلّا كالطلاق الرجعي الذي لا يوجب البينونة .

ويدفع : بأنّه قد بان ببقائه على الكفر أنّها قد بانت منه بأوّل ارتداده ، وليس في شيء من الأدلّة ما يقتضي كونها بحكم الزوجة حتّى بالنسبة إلى ذلك ما دامت العدّة ولو تشبيهاً بها أو في حكم التشبيه كي تكون حينئذٍ كالمطلّقة رجعيّاً . وإثبات بعض اللوازم كالإرث ونحوه لا يقتضي ثبوت الجميع ، وما في بعض النصوص[2] من تشبيهها بالمطلّقة لا يقتضي إرادة الرجعيّة ، خصوصاً بعد ما في آخر[3] : من أنّها كالمطلّقة ثلاثاً ، فتأمّل جيّداً .

ج ٣٠ / ٧٩

وعلى كلّ حال ، فالمراد بالشبهة في المتن : أنّه وطئها غير عالمة وغير عالم بحرمة ذلك عليهما ، وقد يحتمل : كون المراد : شبهة شرعاً ، فلا يقدح حينئذٍ علمها بالتحريم .

ثمّ لا يخفى عليك : جريان[4] المزبور في ارتداد الامرأة أيضاً ؛ إذ هما من وادٍ واحد ، بل لا فرق فيها بين كون ارتدادها عن فطرة أو ملّة ؛ لما عرفت من عدم بينونتها بالفطري لقبول توبتها ، والله العالم .

---

(١) في نسخة الشرائع بدلها: بما أنّها.

(٢) كخبر الحضرمي الآتي في ص ١٥٢.

(٣) كخبر الحضرمي الآخر المتقدّم في ص ٨٥ ـ ٨٦.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: الحكم.

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا أسلم وعنده أربع وثنيّات﴾ غير مدخول بهنّ بِنّ منه ، وإن كنّ ﴿مدخولـ﴾ ـاً ﴿بهنّ﴾ لم يحكم بالبينونة منه حتّى تنقضي العدّة وهنّ على كفرهنّ.

وحينئذٍ ﴿لم يكن له العقد على اُخرى[1]﴾ خامسة ﴿ولا على اُخت إحدا﴾ هنّ أي ﴿زوجاته﴾ التي أسلم عنهنّ على وجهٍ يدخل بها ويعاملها معاملة الزوجة ﴿حتّى تنقضي العدّة مع بقائهنّ على الكفر﴾ لكونه منهيّاً عن الخامسة وعن اُخت الزوجة ، ولا يتمّ امتثال ذلك إلّا باجتناب هذين ؛ لاحتمال كونهما خامسة واُخت زوجة .

والتمسّك بأصالة عدم الإسلام في العدّة لا يرفع باب المقدّمة بعد أن كان الإسلام وعدمه كاشفاً عن بقاء الزوجيّة وعدمها لا شرطاً مؤثّراً ؛ إذ هو حين إسلامه إمّا أن يكون ذا أربع أو لا في الواقع ، وناكحاً للاُخت أو لا ، فالمعقود عليها حينئذٍ قبل انكشاف ذلك من مشتبه الموضوع لا يجوز الإقدام عليها ، كالامرأة المشتبهة[2] حالها أنّها اُمّ أو لا .

ج ٣٠ / ٨٠

وبذلك يعلم : أنّ من عقد على امرأة فضولاً لم يجز له أن ينكح اُمّها قبل الإجازة على وجهٍ يتصرّف بها ؛ لاحتمال انكشاف أنّها اُمّ امرأة ، كما أوضحناه سابقاً .

---

(١) في نسخة الشرائع: الأُخرى.

(٢) في بعض النسخ: المشتبه.

نعم، له العقد على وجهٍ لم يترتّب عليه آثاره، فإذا بقين على الكفر انكشف تأثير العقد حينئذٍ؛ لانكشاف عدم المانع حينه.

ودعوى: مسلوبيّة هذه العبارة حينئذٍ وإن بان بعد ذلك مصادفتها للحكم بكونهنّ كالزوجات بالنسبة إلى ذلك، نحو المطلّقة رجعيّاً فإنّه لا يجوز له العقد على اُختها وإن استمرّ على عدم الرجوع بها حتّى انقضت العدّة.

ممنوعة بعد حرمة القياس؛ ضرورة عدم دليل يدلّ على أنّهنّ بحكم الزوجات على وجهٍ يشمل ذلك، بخلاف المطلّقة رجعيّاً. ومجرّد انكشاف الزوجيّة وعدمها بالإسلام في العدّة وعدمه لا يقتضي ذلك لكونه أعمّ منه، فتأمّل، فإنّه ربّما دقّ.

وحينئذٍ لا بأس بحمل نحو عبارة المتن على ما ذكرناه، وإن كان هو خلاف ظاهر ثاني الشهيدين[١] والفاضل[٢]، حيث إنّهما جعلا ذلك احتمالاً بعد أن ذكر الأوّل ظاهر العبارة، لكن لا يخفى ما فيه.

﴿ولو أسلمت الوثنيّة فتزوّج زوجها باُختها قبل إسلامه﴾ لجواز ذلك في دينه ﴿وانقضت العدّة﴾ لاُختها ﴿وهو على كفره صحّ عقد الثانية﴾ واستقرّ؛ لظهور بينونة الاُولى حينئذٍ منه بإسلامها ﴿فـ﴾ يكون حينئذٍ عقد الثانية لا معارض له. وكونه لو أسلم تكون

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٨٩.

(٢) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٤١.

الأُولى زوجة له غير قادح بعد جواز مثله في دينه، وليس هو كالمتزوّج أُخت الزوجة في عدّة الأُخرى الرجعيّة.

نعم ﴿لو أسلما[1]﴾ معاً ﴿قبل انقضاء عدّة الأُولى تخيّر﴾ لأنّه قد بان أنّ الأُولى زوجة له، والفرض أنّ الثانية قد تزوّجها في حال كفره الذي يقرّ عليه، فيكون ﴿كما لو تزوّجها وهي﴾ أي الأُولى ﴿كافرة﴾ وأسلموا جميعاً، وقد عرفت أنّ الحكم فيه التخيير.

↑ ج ٣٠ / ٨١

بل هو كذلك أيضاً لو أسلم هو في عدّة الأُولى وأسلمت هي بعد انقضائها قبل انقضاء عدّتها؛ للحكم بكونهما معاً زوجتين له، لانكشاف كون الأُولى زوجة من حين إسلامها بإسلامه في عدّتها، وانكشاف كون الثانية زوجة له أيضاً من أوّل إسلامه بإسلامها في عدّتها، فيتّجه التخيير، لا أنّه يستقرّ عقد الأُولى وتبين الثانية منه، كما عساه يوهمه ظاهر عبارة المتن.

نعم، لو أنّ إسلام الثانية قد كان بعد انقضاء عدّتها اتّجه ذلك، لا في الفرض الذي قد بان أنّها زوجة له بإسلامها في عدّتها، كما هو مقتضى إطلاق الأدلّة وإن كان قد انقضت عدّة الأُولى، وهو واضح.

ومثل هذا البحث يأتي فيما لو أسلم زوجاته الأربع المدخول بهنّ، فتزوّج خامسة دخل[2] بها ثمّ أسلم، وتأخّر إسلامها حتّى انقضت عدّة الأربع ثمّ أسلمت في عدّتها، والله العالم.

---

(١) في نسخة الشرائع: أسلم.

(٢) في بعض النسخ: ودخل.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا أسلم الوثني﴾ على وثنيّة[١] بعد الدخول ﴿ثمّ ارتدّ وانقضت عدّتها﴾ وهي باقية ﴿على الكفر﴾ من حين إسلامه ﴿فقد﴾ بان أنّها ﴿بانت منه﴾ من أوّل إسلامه المقتضي لانفساخ النكاح في مثل ذلك ﴿و﴾ هو واضح.

نعم ﴿لو أسلمت﴾ هي ﴿في العدّة﴾ بان عدم الانفساخ بالإسلام، ولكن انفسخ بالارتداد ﴿و﴾ حينئذٍ فلابدّ من ضرب عدّة لها من حين الارتداد.

فإن ﴿رجع إلى الإسلام في العدّة فهو أحقّ بها﴾ لانكشاف عدم فسخ النكاح بالارتداد؛ لأنّ المسلّم منه المستمرّ إلى ما بعد انقضاء العدّة، لا ما إذا رجع فيها.

ودعوى: عدم انكشاف كونها زوجة بإسلامها وهو مرتدّ.

يدفعها: إطلاق الأدلّة القاضي بأنّها زوجة له حال إسلامه، فحينئذٍ يكون الارتداد وارداً على النكاح الصحيح، فينفسخ من حينه إن بقي مستمرّاً إلى انقضاء العدّة ﴿و﴾ إلّا تبيّن عدم الفسخ به، كما هو مقتضى إطلاق الأدلّة السابقة.

↑ ج ٣٠ / ٨٢

نعم ﴿إن خرجت﴾ العدّة ﴿وهو كافر فلا سبيل له عليها﴾ وبان أنّها بانت منه من حين ردّته. وكذا لو انعكس الفرض بأن أسلمت هي

---

(١) في بعض النسخ: وثنيّته.

أوّلاً ثمّ ارتدّت .

وعلى كلّ حال ، فليس له العود إليها بذلك العقد حال ردّته ؛ لأنّها إن كانت مسلمة فلا يجوز نكاح المرتدّ لها ، وإن كانت كافرة فلفساد النكاح بين المرتدّ والكافر كفساده بينه وبين المسلم ؛ لأنّ علقة الإسلام باقية عليه ، ولذلك لا يقرّ عليه ، بل يقتل إن كان فطريّاً وكان رجلاً ، ويستتاب إن كان ملّيّاً فإن لم يتب قتل إن كان رجلاً ، وإن كان امرأة حبست وضربت وضيّق عليها في المأكل والمشرب ، كما سمعت الكلام فيه سابقاً[1] ، بل لو كانت هي مرتدّة مثله أيضاً انفسخ النكاح بينهما كما عرفته فيما مضى .

هذا كلّه بالنسبة إلى الرجوع إليها .

أمّا غيرها : كما لو فرض أنّه تزوّج وهو مرتدّ بامرأة ، ثمّ عاد إلى الإسلام في عدّة الأُولى ، لم يحكم بصحّة نكاحه ؛ فإنّ أقصى الأدلّة البقاء على النكاح الأوّل بالرجوع ، لا أنّه به ينكشف قابليّته للنكاح المبتدأ .

وكذا لو أسلمت زوجة الكافر وفرض نكاحه لمسلمة بعدها ثمّ أسلم هو في العدّة ، فإنّه لا يصحّ نكاحه للمسلمة وإن انكشف بإسلامه بقاء نكاحه السابق ، لكنّ ذلك بالنسبة إليه خاصّة ، لا أنّه ينكشف بذلك أنّه بحكم المسلم بالنسبة إلى ذلك حتّى بالنسبة إلى النكاح المبتدأ ، فإنّه

---

(١) في ص ٨٢.

لا دليل عليه ، بل ظاهر ما دلّ على عدم جواز نكاح الكافر المسلم خلافه ، كما هو واضح ، والله العالم .

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿لو ماتت إحداهنّ﴾ مثلاً ﴿بعد إسلامهنّ قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها﴾ للأصل ﴿فإن اختارها ورث نصيبه منها، وكذا لو متن كلّهنّ كان له الاختيار، فإذا اختار أربعاً ورثهنّ﴾ .

ج ٣٠ / ٨٣

لا يقال : إنّهنّ حرمن عليه بإسلامه قبل إسلامهنّ ، فإذا أسلمن احتاج العود إلى الحلّ إلى سبب يوجبه ، وقد خرجن عن أهليّة ذلك ، ومجرّد إسلامهنّ ليس سبباً تامّاً في الحلّ ، بل لابدّ فيه من الاختيار ، فإذا متن قبل تمام السبب المبيح ينبغي البطلان ، كما لو مات أحد المتعاقدين قبل تمام السبب المملّك بالقبول أو القبض .

﴿لـ﴾ أنّا نقول : ﴿إنّ الاختيار ليس استئناف عقد﴾ حتّى يبطل بالموت قبل تمامه ﴿وإنّما هو تعيين لذات العقد الصحيح﴾ المتحقّق في ضمن الجميع ، فلا نقصان للسبب الموجب للإرث ، فإنّه الزوجيّة ، وهي متحقّقة في جملتهنّ ، والمانع كان هو الكفر وقد زال ، غايته زيادتهنّ على العدد المعتبر ، والأمر فيه إليه لا إليهنّ .

وليس الموت فاسخاً للزوجيّة ؛ ولذا يجوز للزوج تغسيل زوجته والنظر إليها ، كما أنّ الاختيار ليس مشروطاً بالحياة وإن كان ظاهر

قوله صلى الله عليه وآله: «أمسك أربعاً»[١] الحياة، لكنّه ظهور مورد لا شرط ﴿و﴾ حينئذٍ فيتّجه التمسّك بالاستصحاب فيما يتحقّق فيه من أفراد ذلك، ويتمّ بعدم القول بالفصل.

نعم ﴿لو مات ومتن﴾ معه قبل الاختيار ﴿قيل: يبطل الخيار﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بين من تعرّض له من أصحابنا[٢]؛ لأصالة عدم ثبوته لغيره، خصوصاً مع ابتنائه على الشهوة المختصّة به، فاحتمال قيام وارثه مقامه فيه ـ قياساً على الخيار في المال مثلاً، ولإطلاق قوله عليه السلام: «ما كان للميّت فهو لوارثه»[٣] ـ مدفوع بذلك.

﴿و﴾ لكنّ ﴿الوجه﴾ عند المصنّف: ﴿استعمال القرعة؛ لأنّ فيهنّ وارثات﴾ للربع أو الثمن إن مات قبلهنّ ﴿وموروثات﴾ إن متن قبله، ووارثات وموروثات إن مات بعضهنّ قبله وبعضهنّ بعده، فلم يعلم المستحقّ أو المستحقّ عليه مع انحصاره في جملتهنّ، فيستخرج بالقرعة التي هي لكلّ أمر مشكل.

ج ٣٠ / ٨٤

وربّما أشكل ذلك[٤]: بأنّها لتعيين ما هو معيّن عند الله مشتبه عندنا في الظاهر، وهو هنا ليس كذلك؛ لأنّ التعيين موكول إلى الزوج لا إلى

---

(١) تقدّم في ص ١٠٤.

(٢) الظاهر أنّ نظره في نفي الخلاف إلى عدم قيام الوارث مقامه، لا إلى عدم استعمال القرعة. انظر المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٣، والجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٣ ـ ٤٣٤.

(٣) أرسله في الحدائق الناضرة: الشفعة / كيفيّة الأخذ بها ج ٢٠ ص ٣٢٦.

(٤) كما في مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٩٣.

الله تعالى ، وإن كان هو الذي يلهمه الاختيار .

ولا يقال : إنّ الله تعالى يعلم من يختارها منهنّ لو اختار وإن لم يوجد منه اختيار .

لأنّا نقول : إنّ الله تعالى يعلم الأشياء على ما هي عليه ، فالمعيّن في نفسه يعلمه معيّناً وإن اشتبه علينا ، والمبهم في نفسه يعلمه مبهماً ، فلا يمكن تخصيص إحداهنّ بالميراث عندنا ولا عند الله .

ومن هنا قيل[١] : إنّ الوجه الإيقاف حتّى يصطلح ورثتهنّ على التساوي أو التفاوت ؛ لأنّ الحقّ منحصر فيهم ، وفيهم من يستحقّ ومن لا يستحقّ . ومال إليه في المسالك[٢] تبعاً للكركي[٣] .

وقيل[٤] : يقسّم ذلك بالسويّة ، فيأخذ وارث كلّ واحدة نصيبها ؛ لأنّ البيان غير متوقّع ، مع اعتراف الجميع بالإشكال ، وأنّه لا مزيّة لإحداهنّ على الأُخرى ، فأشبه المال بين المدّعيين مثلاً .

وربّما أشكل[٥] : بأنّه إعطاء غير المستحقّ قطعاً ، بخلاف المال بين المدّعيين ، فإنّ التشريك بينهما محتمل ، بخلاف المقام المعلوم فيه عدم الاشتراك .

ويدفع : بمنع اعتبار احتمال التشريك فيما ثبت فيه ؛ لإطلاق دليله

---

(١) كما في غاية المرام: النكاح / في الرضاع ج ٣ ص ٧٣.

(٢) المصدر قبل السابق: ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤.

(٣) جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٧٢.

(٤) ينظر المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٣.

(٥) كما في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٥.

المبني على إعمال كلّ من الدعويين واليدين في غير محلّ التعارض وإبطالهما فيه ، فليس إلّا الاشتراك بينهما بالنصف إن كانا اثنين .

نعم ، ما نحن فيه ليس من ذلك ؛ لاعتراف الجميع بأنّ المستحقّ أربع ، وعدم الدعوى منهنّ بأنّهنّ الأربع لا غيرهنّ .

كما أنّه قد يشكل سابقه : بأنّ في الإيقاف حتّى يصطلح الجميع تعطيلاً للحقّ عن أهله المطالبين به ، ومثاراً للنزاع الذي لم يعهد من الشارع إهماله ، فيتعيّن القرعة حينئذٍ .

ويدفع ما سمعته من إشكالها أوّلاً : بمنع اعتبار الاشتباه في موضوعها ؛ لإطلاق أدلّتها من الآية[١] والرواية[٢] .

ج ٣٠ / ٨٥

وثانياً : بمنع عدم الاشتباه هنا ؛ فإنّه بإسلامه وإسلامهنّ ـ مثلاً ـ بِنَّ منه أربع وبقين أربع في علم الله ولو باختياره المستقبل ؛ إذ لا معنى لقيام البينونة والزوجيّة في موضوع مبهم في الواقع ، بل هو غير متصوّر .

نعم ، باختياره ينكشف أنّ هذه الأربع هي التي باقية على الزوجيّة من أوّل الأمر ، لا أنّ الاختيار جزء سبب النكاح ولا سبب في الاقتران[٣] ، وحينئذٍ تكون القرعة في محلّها .

ويقوى في النظر : التخيير للحاكم ـ المعدّ لحسم مادّة النزاع ـ بين استعمال القرعة في حسمه وبين القسمة على السواء بينهم ، ولا يتعيّن

---

(١) سورة آل عمران: الآية ٤٤، سورة الصافّات: الآية ١٤١.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٣ من أبواب كيفيّة الحكم ج ٢٧ ص ٢٥٧.

(٣) في بعض النسخ: الافتراق.

أحدهما، وربّما كان ذلك مراد المصنّف، بقرينة ما تسمعه منه ـ فيما يأتي[١] ـ فيما لو مات دونهنّ، حيث قال: «والوجه القرعة أو التشريك»، فتأمّل جيّداً، والله العالم.

﴿ولو مات الزوج﴾ خاصّة ﴿قبل﴾ اختيار أربع من ﴿هنّ كان عليهنّ﴾ أجمع ﴿الاعتداد منه؛ لأنّ منهنّ من تلزمه العدّة﴾ بالوفاة ﴿ولمّا لم يحصل الامتياز الُزمن﴾ أجمع ﴿العدّة احتياطاً﴾.

فإن لم يكن قد دخل بهنّ وكنّ ذمّيّات أو قارن إسلامه إسلامهنّ فليس إلّا عدّة الوفاة.

وإن كان قد دخل بهنّ اُلزمن العدّة ﴿بأبعد الأجلين؛ إذ كلّ واحدة﴾ منهنّ ﴿تحتمل[٢] أن تكون هي الزوجة وأن لا تكون﴾ هي الزوجة ﴿فالحامل تعتدّ بعدّة الوفاة ووضع الحمل﴾.

وفي بعض النسخ[٣]: «تعتدّ بأبعد الأجلين من عدّة الوفاة ووضع الحمل» وعلى كلّ حال فالمراد واضح وإن كان التعبير الأوّل فيه تجوّز؛ لأنّ عدّة الوفاة للحامل هي أبعد الأجلين، فإطلاقه عدّتها على عدّة الوفاة من إطلاق اسم المجموع على بعض أفراده، والأمر سهل.

﴿و﴾ أمّا ﴿الحائل﴾ فـ﴿تعتدّ بأبعد الأجلين من عدّة الطلاق﴾ ثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر ﴿و﴾ عدّة ﴿الوفاة﴾ أربعة أشهر وعشراً. وإنّما

---

(١) في ص ١٥٦.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: يحتمل.

(٣) لم يُشر إليها في نسخة الشرائع المعتمدة لنا في التحقيق.

اكتفي بالتداخل في العدّتين لأنّ المعتبر عدّة واحدة ، والتكليف بالزائد للاشتباه .

وكيف كان ، فابتداء عدّة الوفاة من حينها قطعاً ، أمّا الأقراء فعن التذكرة : «يحتمل الاعتبار من وقت إسلامهما إن اقترنا ، ومن حين إسلام من سبق إسلامه إن تعاقبا فيه ؛ لأنّ الأقراء إنّما تجب لاحتمال مفارقة من انفسخ نكاحها ، والانفساخ يحصل من ذلك الوقت»[1] .

ج ٣٠ / ٨٦

واعترضه في جامع المقاصد بـ«أنّ لقائل أن يقول : إنّ الانفساخ إنّما يحصل من حين المفارقة بالاختيار ، ولم يتحقّق ذلك ، فينبغي أن يكون ابتداء عدّته من حين الوفاة ؛ لامتناع التأخّر عنه وانتفاء ما يدلّ على التقدّم عليه ؛ لأنّ إسلامهما أو إسلام الأسبق منهما لا يقتضي المفارقة قطعاً»[2] .

وفيه : أنّه يمكن القول بأنّ الاختيار ـ حيث يحصل ـ يكشف عن الفرقة من حين الإسلام المقتضي لبينونة ما زاد على النصاب ، فتأمّل .

ثمّ لا يخفى عليك : عدم الخلاف ظاهراً منهم في وجوب العدّة على الجميع بنحو ما عرفت ، لكن فيه : أنّه لا يتمّ على تقدير استخراج الوارثات منهنّ بالقرعة القاضية بكون الزوجات التي خرجن بها ، فيتّجه حينئذٍ عدّة الوفاة عليهنّ والفراق على غيرهنّ .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّها بالنسبة إلى خصوص الإرث ، ومنه يعلم قوّة

---

(١) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٦٠ (الطبعة الحجرية).

(٢) جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٦٩.

ما ذكرناه سابقاً من أنّها هنا طريق للحاكم في حسم النزاع كالتشريك، لا أنّها معيِّنة للموضوع الذي تجري عليه جميع الأحكام، والله العالم.

المسألة ﴿التاسعة﴾

لا خلاف أجده بين من تعرّض لذلك[1] في أنّه ﴿إذا أسلم وأسلمن﴾ معه أو[2] كنّ كتابيّات ﴿لزمه نفقة الجميع حتّى يختار أربعاً، فتسقط نفقة البواقي﴾ من حين الاختيار لا قبله ﴿لأنّهنّ﴾ فيه ﴿في حكم الزوجات﴾ وإن زدن على النصاب كالمطلّقة رجعيّاً ﴿وكذا لو أسلمن أو بعضهنّ وهو على كفره﴾.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو لم يدفع النفقة كان لهنّ المطالبة بها عن الحاضر والماضي﴾ لأنّها من الديون ﴿سواء أسلم أو بقي على الكفر﴾ ولا يقدح في ذلك عدم تمكينه من الاستمتاع بعد أن كان المنع شرعيّاً بالكفر أو عدم الاختيار الحابس لهنّ.

ج ٣٠ / ٨٧

نعم، قد يشكل ذلك: بأنّه بالإسلام قد بانت منه زوجيّة الزائد، فالواجب عليه نفقة أربع توقف حتّى يصطلحن عليها أو يقرعن عليها أو تقسّم بالسويّة بينهنّ.

---

(١) كالشيخ في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٢، وابن سعيد في الجامع للشرائع: النكاح / باب من لا يحلّ العقد عليه ص ٤٣٣، والعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٨، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ١٢ ص ٤٧٥.

(٢) في بعض النسخ: و.

بل قد يتّجه : اختصاصها بمن يتعقّبهنّ الاختيار ، الكاشف عن كونهنّ زوجات من حين الإسلام ، وعن عدم زوجيّة غيرهنّ حينه أيضاً .

بل قد يشكل وجوب النفقة عليه لغير الزائد مع فرض استمرار الكفر الكاشف عن البينونة من حين الإسلام .

ودعوى : كونهنّ بحكم الزوجات قبل الانكشاف ، كالمطلّقة رجعيّاً .

يدفعها : عدم الدليل على ذلك ، ومجرّد المشاركة للرجعيّة في بعض الأحكام لا يقتضي المساواة في الجميع الذي منه ما نحن فيه ، خصوصاً بعد معلوميّة المخالفة لها في الإرث وغيره كما أومأنا إليه سابقاً .

ودفع الأوّل : بوجوب الإنفاق على الجميع ـ وإن زدن على النصاب ـ للمقدّمة .

يدفعه : معلوميّة كون المراد الإنفاق من حيث الزوجيّة الذي يكون ـ مع عدم القدرة عليه ـ ديناً في الذمّة ، ومن المعلوم عدم اقتضاء خطاب المقدّمة ذلك ، كما هو واضح .

اللّهمّ إلّا أن يقال : قال الصادق عليه السلام في خبر الحضرمي : «إذا ارتدّ الرجل المسلم عن الإسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلّقة ، وإن قتل أو مات قبل انقضاء العدّة فهي ترثه في العدّة ، ولا يرثها إن ماتت وهو مرتدّ عن الإسلام»[1]. وفيه دلالة على أنّها بحكم المطلّقة

---

(١) الكافي: المواريث / باب ميراث المرتد ح ٣ ج ٧ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ٦ من ←

رجعيّاً ؛ ولذا ورثت .

وفيه : أنّه لا تلازم بين هذا الحكم وغيره ؛ ولذا صرّح في خبره الآخر بأنّها تبين منه كما تبين المطلّقة ثلاثاً ، وأنّها ترثه لو مات في العدّة[1] ، على أنّ الكلام هنا في الزائد على الأربع ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿لا تلزمه[2] النفقة لو أسلم دونهنّ﴾ وكنّ وثنيّات ﴿لتحقّق منع الاستمتاع منهنّ﴾ بعدم الإسلام الواجب عليهنّ ، فهنّ حينئذٍ كالنواشز ، فتسقط النفقة حينئذٍ عنه وإن أسلمن بعد ذلك وبان به أنّهنّ زوجات من حين إسلامه ، بلا خلاف أجده فيه أيضاً بين من تعرّض له[3] .

ج ٣٠ / ٨٨

لكن قد يخدش : بأنّ المقتضي للإنفاق تحقّق الزوجيّة ، والفرض أنّها كذلك عندهم ، وإنّما المعلوم من إسقاطه عصيان الزوجة فيما يجب عليها من الخطاب من حيث الزوجيّة ، لا عصيانها بمخالفة الخطاب الآخر وإن استلزم ذلك عدم جواز وطئه إيّاها ، فهو منع شرعي لا منع

← أبواب موانع الإرث ح ٤ ج ٢٦ ص ٢٧.

(١) تقدّم في ص ٨٥ ـ ٨٦ .

(٢) في نسخة الشرائع: لا يلزمه.

(٣) كالشيخ في المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٤. والعلّامة في القواعد: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٨، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٩٦، والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٨.

منها، وإلّا فهي ممكّنة له من الوطء على هذا الحال، إلّا أنّ الشارع لم يجوّز له وطء الكافرة.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الأصل براءة الذمّة من النفقة، إنّما المعلوم من وجوبها مع التمكّن من وطئها على وجهٍ يشمل المقام، بل يكفي في السقوط الشكّ في تحقّق شرط الوجوب.

﴿و﴾ لعلّ من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿لو[1] اختلف الزوجان في السابق إلى الإسلام﴾ بعد اتّفاقهما على عدم الاقتران ﴿فـ﴾ إنّ المصنّف وغيره[2] ـ بل نسبه ثاني الشهيدين إلى الأصحاب[3] ـ ذكروا أنّ ﴿القول قول الزوج؛ استصحاباً للبراءة الأصليّة﴾.

إذ لا ريب في ابتناء ذلك على الشكّ في تحقّق شرط وجوب الإنفاق، بخلاف ما لو قلنا: إنّ الزوجيّة سببه، فالنفقة حينئذٍ ثابتة والنزاع في المسقط، والأصل عدمه فيكون القول قولها، كما عن قول للشافعيّة[4] واستوجهه في المسالك[5].

لكن في كشف اللثام: «يدفعه: أنّ النفقة ليست أمراً واحداً مستمرّاً من حين النكاح، وإنّما تثبت يوماً فيوماً، والأصل في كلّ يوم عدمها

---

(١) في نسخة الشرائع: إذا.

(٢) كالعلّامة في القواعد والفاضل الهندي في كشف اللثام: (انظرهما في الهامش قبل السابق).

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٩٨.

(٤) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٦٤، المجموع: ج ١٦ ص ٣١٩.

(٥) الهامش قبل السابق.

إلى أن يثبت موجبها ؛ وهو التمكين»[1] .

وفيه : أنّ بناء الوجوب ـ كما عرفت ـ على أنّ الزوجيّة سبب الإنفاق ، وهو مستمرّ في كلّ يوم حتّى يعلم تحقّق المسقط ، وهو كون المنع منها .

ولو ادّعى السبق بالإسلام قبل الوطء الموجب للبينونة بمجرّد الاختلاف ، ففي القواعد : «إنّ القول قولها ؛ لأنّ الأصل بقاء استحقاق المهر»[2] الذي قد وجب بالنكاح ، وإنّما يسقط بالمسقط ، والأصل عدمه .

وفيه : أنّ الأصل عدم الوطء .

ولو قالت : «أسلمنا معاً فالنكاح باقٍ» ، وقال : «بل أسلمت قبلي ـ أو ـ أسلمت قبلك» ولم تكن مدخولاً بها ، ففي تقديم قوله أو قولها إشكال ؛ من تعارض الأصل والظاهر .

ولو قال للوثنيّة : «أسلمت بعد إسلامي بشهرين فلا نفقة لك عليَّ إلّا فيما بعدهما» فقالت : «بل بشهر» ، أو قال : «أسلمت بعد العدّة فلا نفقة ولا نكاح» فقالت : «بل فيها» ، قدّم قوله ؛ لأصالة تأخّر الحادث والبراءة من النفقة .

↑ ج ٣٠ / ٨٩

ولا يعارضهما أصالة صحّة النكاح ؛ فإنّ الاختلاف في الدين

---

(١) كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٨.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٨.

معلوم، وهو ممّا يرفع النكاح رفعاً مراعى، فالأصل بطلان النكاح إلى أن تسلم[١] في العدّة، والله العالم.

﴿ولو مات﴾ الزوج قبل الاختيار دونهنّ ﴿ورثه أربع منهنّ﴾ و﴿لكن لمّا لم يتعيّنّ﴾ قيل: ﴿وجب إيقاف الحصّة عليهنّ حتّى يصطلحن﴾ بالتساوي أو التفاوت ﴿والوجه﴾ عند المصنّف هنا أيضاً: ﴿القرعة أو التشريك﴾.

وفي المسالك: «أنّ مراده: الإشارة إلى وجهين في المسألة، لا إلى التخيير»[٢].

قلت: قد عرفت فيما مضى أنّ هذه المسألة وما تقدّم من وادٍ واحد؛ ضرورة جريان هذه الوجوه في وارثهنّ؛ إذ لا فرق بينهنّ وبينه بعد أن كان الاختيار لغيرهنّ وفرض عدمه. ومنه يعلم: أنّ مراد المصنّف هناك بذكر القرعة على أنّها أحد الفردين.

وحمل ما هنا منه على الإشارة إلى الوجهين ليس بأولى من حمله على إرادة التخيير للحاكم ـ بعد عدم الصلح منهنّ في حسم النزاع ـ بين الأمرين الرافعين للترجيح بلا مرجّح، كما عساه يومئ إلى ذلك ما عرفته سابقاً من عدم جريان حكم القرعة في الاعتداد، ولو أنّها لتشخيص الموضوع اتّجه حينئذٍ إجراء أحكامه عليه. واحتمال: أنّها لتشخيصه بالنسبة إلى الإرث خاصّة دون الاعتداد، خلاف المعهود

---

(١) في بعض النسخ: يسلم.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل اختلاف الدين ج ٧ ص ٣٩٨.

فيما يستخرج بالقرعة .

وكيف كان ، فلو كان فيهنّ وارثات وغير وارثات فلا إيقاف لهنّ ، بل لا يورّثن إذا كنّ غير الوارثات أربعاً فما فوقهنّ ، كما لو كان معه أربع وثنيّات وأربع كتابيّات فأسلم الوثنيّات خاصّة ثمّ مات قبل التعيين ، وفاقاً للقواعد[1] والمحكي عن المبسوط[2] ؛ لعدم العلم بأنّ له زوجة وارثة ، لاحتمال أن يكون الزوجات منحصرة في غير الوارثات .

خلافاً للمحكي عن التذكرة : فاستقرب الإيقاف ؛ لعدم العلم باستحقاق الورثة جميع التركة ، لاحتمال زوجيّة الوارثات منهنّ ، كما يوقف الميراث إذا كان حمل ، والشكّ في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف ، كما في الحمل أيضاً فإنّ الاستحقاق أيضاً مشكوك فيه[3] .

وربّما أُشكل[4] : بأنّ الشكّ في الحمل يرجى زواله ، بخلاف ذلك .

ج ٣٠ / ٩٠

ولو أسلم الكتابيّة بعد الموت قبل القسمة فالأقرب إيقاف الحصّة ؛ لعدم الفرق ـ على الأصحّ ـ في إرث الكافر إذا أسلم قبل القسمة بين الزوجة وغيرها كما تسمعه في الميراث .

ومنه يعلم ما في قول المصنّف : ﴿ولو مات قبل إسلامهنّ لم يوقف شيء؛ لأنّ الكافر لا يرث المسلم﴾ مطلقاً أو إذا كان زوجاً ،

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٣ ص ٤٨.

(٢) المبسوط: النكاح / في تزويج المشركين ج ٤ ص ٢٣٣.

(٣) تذكرة الفقهاء: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٢ ص ٦٦٠ (الطبعة الحجرية).

(٤) كما في كشف اللثام: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٢٥٦.

وأنّ الأصحّ قوله: ﴿ويمكن أن يقال: ترث من أسلمت قبل القسمة﴾.

المسألة ﴿العاشرة﴾

﴿روى﴾ الشيخ[١] والصدوق[٢] عن ابن محبوب عن الحكم الأعمى وهشام بن سالم عن ﴿عمّار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام﴾ قال: «سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة حرّة فتزوّجها، ثمّ إنّ العبد أبق، فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد؟ فقال: ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها، فإنّ إباق العبد طلاق امرأته، هو بمنزلة المرتدّ عن الإسلام».

«قلت: فإن هو رجع إلى مواليه، ترجع إليه امرأته؟ قال: إن كان قد انقضت عدّتها منه ثمّ تزوّجت بغيره فلا سبيل له عليها، وإن كانت لم تتزوّج ـ وفي التهذيب: ولم تنقض العدّة ـ فهي امرأته على النكاح الأوّل»[٣].

وقد نقل المصنّف مضمونها فقال: ﴿إنّ إباق العبد طلاق امرأته وإنّه بمنزلة الارتداد، فإن رجع وهي في العدّة فهي امرأته بالنكاح الأوّل، وإن رجع بعد العدّة وقد تزوّجت فلا سبيل له عليها﴾.

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٣٧ ج ٨ ص ٢٠٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك ح ٤٥٧١ ج ٣ ص ٤٥٤.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٩٢.

وعمل بها الصدوق[١] على ما حكي عنه والشيخ في النهاية[٢] وابن حمزة في الوسيلة[٣]:

قال الأوّل[٤]: «إذا أذن الرجل لعبده في التزويج فتزوّج ثمّ أبق لم يكن لها على مولاه نفقة، وقد بانت من الزوج، وعليها العدّة منه، فإن رجع قبل خروجها من العدّة كان أملك برجعتها، وإن عاد بعد انقضاء عدّتها لم يكن له عليها سبيل»[٥].

وقال ابن حمزة: «وإذا تزوّج عبد بأمة غير سيّده ورضي سيّداهما ثمّ أبق العبد بعد الدخول بانت منه ولزمتها العدّة، فإن رجع قبل انقضائها كان أملك بها، وإن رجع بعد انقضاء العدّة لم يكن له عليها سبيل، ولا يلزم سيّده النفقة»[٦].

↑ ج ٣٠ / ٩١

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿في العمل بها تردّد﴾ ليس ﴿مستنده ضعف السند﴾ إذ هو من الصحيح أو الموثّق، وكلّ منهما عندنا حجّة، بل لـ:

قصوره عن معارضة ما دلّ على بقاء النكاح: من الأصل، وعموم حصر فاسخه في غيره.

---

(١) ظاهره ذلك لأجل نقله الرواية، انظر الهامش قبل السابق، ونقله عنه في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٢.

(٢ و٣) انظر الهامشين بعد الآتي.

(٤) أي الشيخ في النهاية.

(٥) النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٦) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٧.

وشذوذ الخبر المزبور؛ ضرورة قصر الحكم في عبارة ابن حمزة على أمة غير السيّد، مع أنّ مورد الرواية الحرّة، واعتبار عدم التزويج في رواية الفقيه في البقاء على النكاح، وفي التهذيب ذلك مع عدم انقضاء العدّة، واعتبار التزويج في البينونة عنه في كلّ منهما، ولم يعتبر بشيء من ذلك الشيخ وابن حمزة.

على أنّه ظاهر في سقوط النفقة في الارتداد، وهو مخالف لما سمعته سابقاً، ومختصّ بالحرّة ولم يستقص فيه تمام أحكام ذلك؛ من رجوع العبد بنفسه، وإرجاعه، وإباق الأمة التي تزوّجها الحرّ، وإباق العبد والأمة... وغير ذلك من الأحكام الكثيرة، واتّحاد الخبر المزبور في الحكم المذكور.

وبذلك كلّه يضعف الظنّ به، بل يختصّ الظنّ بغيره، ومنه يعلم: أنّ الأقوى العدم، والله العالم.

﴿مسائل من لواحق العقد[١]﴾

﴿وهي سبع﴾:

﴿الأُولى﴾

لا خلاف[٢] في أنّ ﴿الكفاءة شرط في النكاح﴾ بل الإجماع

---

(١) في نسخة المسالك بدلها: النكاح.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / في الكفاءة ج ١٢ ص ١٢٨، ومسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٠٠، والحدائق الناضرة: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٥٢.

بقسميه عليه[١] ﴿و﴾ لكن ﴿هي﴾ بمعنى ﴿التساوي في الإسلام﴾ فلا يجوز للمسلمة نكاح غير المسلم.

﴿وهل يشترط التساوي في الإيمان﴾ بالمعنى الأخصّ، فلا يجوز نكاح المؤمنة غير المؤمن على نحو ما سمعته في الإسلام؟ ﴿فيه روايتان، أظهرهما الاكتفاء بالإسلام وإن تأكّد استحباب الإيمان، وهو في طرف الزوجة أتمّ؛ لأنّ المرأة تأخذ من دين بعلها﴾.

أمّا العكس فلا خلاف في جوازه كما اعترف به في كشف اللثام[٢] وغيره[٣]، نعم ربّما حكي[٤] عن سلّار عدم جواز ذلك، ولم نتحقّقه؛ إذ المحكي عنه أنّه إنّما منع من المعاندة[٥]، وهي الناصبة التي ستعرف كفرها، بل لم يحك أحد هنا الخلاف في ذلك عمّن علم أنّ مذهبه كفر

ج ٣٠ / ٩٢

(١) نقل الإجماع في الخلاف: النكاح / مسألة ٢٧ ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢. ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١١ ج ٢ ص ٢٥٣. وظاهر الناصريّات: مسألة ١٥٣ ص ٣٢٧.
وانظر فقه القرآن: النكاح / ضروب النكاح ج ٢ ص ٩٤. والوسيلة: النكاح / مقدّمة الكتاب ص ٢٩٠. واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١. وكفاية الأحكام: النكاح / مسائل متعلّقة بالعقد ج ٢ ص ١٥٧.

(٢) كشف اللثام: النكاح / في الكفاءة ج ٧ ص ٨٢ (يوجد اشتباه في المصدر).

(٣) كظاهر اللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١ ـ ١٩٢. والروضة البهيّة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٣٧.

(٤) كما في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٧.

(٥) عبارة المراسم ظاهرة في ذلك، وقد نقلها العلّامة مع إضافة تكون بها صريحة. انظر المراسم: النكاح / شرائط الأنكحة ص ١٤٨. ومختلف الشيعة: النكاح / المحرّمات (الكفر) ج ٧ ص ٧٤.

المخالفين ونجاستهم كالمرتضى[١] وابن إدريس[٢] وغيرهما[٣].

نعم، حكى غير واحد[٤] هنا الشهرة على عدم جواز نكاح المؤمنة المخالف، بل في الرياض[٥] عن الخلاف والمبسوط والسرائر وسلّار والغنية: الإجماع عليه.

وهو الحجّة للمانع، بعد النصوص المستفيضة؛ كـ:

قوله صلى الله عليه وآله حين أمر بتزويج الأبكار من الأكفّاء: «... المؤمنون بعضهم أكفّاء بعض...»[٦] وغيره[٧].

ومنها: المشترطة الأمر بنكاحه ـ المراد منه الإباحة ـ برضا دينه وأمانته[٨]، وفي بعضها خلقه ودينه[٩]. قيل: «وليس في إدراج الخلق مع الدين في بعضها قرينة على الندبيّة[١٠] بالنسبة إلى الدين بناءً على اتّحاد

(١) رسائل المرتضى: ج ٣ ص ٢٧١.

(٢) السرائر: الطهارة/باب المياه وأحكامها، والصلاة/الصلاة على الأموات ج١ ص٨٤ و٣٥٦.

(٣) كالبحراني في الحدائق: الطهارة / في النجاسات ج ٥ ص ١٧٥.

(٤) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧١١ ج ٢ ص ٢٥٣، والطباطبائي في الرياض: (انظر الهامش اللاحق).

(٥) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٣، وتأتي عبائر الخلاف وما بعده لاحقاً.

(٦) الكافي: النكاح / باب ما يستحبّ من تزويج النساء ح ٢ ج ٥ ص ٣٣٧، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٢ ج ٢٠ ص ٦١.

(٧) وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٦٧.

(٨) وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٣ ج ٢٠ ص ٧٧.

(٩) وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ١ ص ٧٦).

(١٠) في بعض النسخ: التديّن.

سياق العبارة مع الإجماع على عدم اعتباره؛ لتوقّفه على كون المراد منه السجيّة والطبيعة، وليس بمتعيّن؛ لاستعماله في الملّة كما عن أهل اللغة، فيحتمل إرادتها منه هنا، فلا قرينة بالمرّة»[١].

ومنها: الصحيح: «تزوّجوا في الشكّاك ولا تزوّجوهم؛ لأنّ المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه»[٢].

ومنها: المرسل كالموثّق ـ بل الموثّق؛ لإرساله عن غير واحد، الملحق مثله عند جماعة[٣] بالمسند ـ عن أبان عن الفضيل بن يسار قال: «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام: عن نكاح الناصب؟ فقال: لا والله ما يحلّ. قال فضيل: ثمّ سألته مرّة أُخرى فقلت: جعلت فداك، ما تقول في نكاحهم؟ قال: والمرأة عارفة؟ قلت: عارفة، فقال: إنّ العارفة لا توضع إلّا عند العارف»[٤].

↑ ج ٣٠ / ٩٣

ومنها: المعتبر بوجود المجمع على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده: «إنّ لامرأتي أُختاً عارفةً على رأينا، وليس على رأيها

(١) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٤.

(٢) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ٥ ج ٥ ص ٣٤٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٢٤ ج ٧ ص ٣٠٤، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٢ ج ٢٠ ص ٥٥٥.

(٣) جعله من الموثّق السبزواري في الكفاية: النكاح / مسائل متعلّقة بالعقد ج ٢ ص ١٥٨، والبحراني في الحدائق: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٥٩.

(٤) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ١١ ج ٥ ص ٣٥٠، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٥ ج ٢٠ ص ٥٥٠.

بالبصرة إلّا قليل، فأزوّجها ممّن لا يرى رأيها؟ قال: لا، ولا نعمة ولا كرامة؛ إنّ الله تعالى يقول: (فلا ترجعوهنّ إلى الكفّار لا هنّ حلّ لهم ولا هم يحلّون لهنّ)[١]»[٢].

بل ربّما استفيد من ذيله الاستدلال بالروايات المستفيضة ـ بل المتواترة[٣] ـ المتضمّنة كفرهم، الذي إن اُريد منه الحقيقة كانت دلالته واضحة، وإلّا كان المراد المشاركة في الأحكام التي منها ما نحن فيه.

بل ربّما استدلّ أيضاً بالنصوص المتواترة أيضاً الدالّة على عدم جواز نكاح الناصب[٤] بناءً على أنّ المراد منه المخالف؛ لقول الصادق عليه السلام في خبر المعلّى بن خنيس المروي عن العلل[٥]: «ليس الناصب من نصب لنا أهل البيت؛ لأنّك لا تجد أحداً يقول: أنا أبغض محمّداً وآل محمّد، ولكنّ الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنّكم تتولّونا وأنّكم من شيعتنا»[٦].

---

(١) سورة الممتحنة: الآية ١٠.

(٢) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ٦ ج ٥ ص ٣٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٥٠.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب حد المرتد ج ٢٨ ص ٣٣٩.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٤٩.

(٥) رواه في العلل عن «عبد الله بن سنان»، نعم رواه عن «المعلّى بن خنيس» في صفات الشيعة: ح ١٧ ص ٩، وانظر أيضاً معاني الأخبار: باب معنى الناصب ح ١ ص ٣٦٥.

(٦) علل الشرائع: الباب الأخير من الكتاب ح ٦٠ ج ٢ ص ٦٠١، وسائل الشيعة: باب ٦٨ من أبواب القصاص في النفس ح ٢ و٣ ج ٢٩ ص ١٣٢ و١٣٣.

ج ٣٠ / ٩٤

وفي المرسل المروي عن الشيخ[١] والكليني[٢] عنه [عليه السلام] أيضاً أنّه قال: «... الزيديّة هم النصّاب»[٣].

وعن الكليني في الروضة: «في جارين ناصب وزيدي؟ ... فقال عليه السلام: هما سيّان، هذا نصب لك وهذا الزيدي نصب لنا»[٤].

وعن مستطرفات السرائر من مكاتبات محمّد بن عليّ بن عيسى لمولانا الهادي عليه السلام سأله «عن ناصب هل أحتاج في امتحانه إلى أكثر من تقديم الجبت والطاغوت واعتقاد إمامتهما؟ فرجع الجواب: من كان على هذا فهو ناصب»[٥].

ولكنّ الجميع محلّ نظر:

أمّا الإجماع المحكي فلم نتحقّقه؛ إذ ليس في المحكي عن المبسوط[٦] والخلاف[٧] إلّا قوله: «الكفاءة معتبرة في النكاح، وهي عندنا شيئان: الإيمان وإمكان القيام بالنفقة، واليسار المراعى: ما يمكنه القيام بمؤونة المرأة وكفايتها، لا أكثر من ذلك». ثمّ إنّه استدلّ

---

(١) تهذيب الأحكام: الزكاة / باب ١٣ مستحقّ الزكاة ح ١٢ ج ٤ ص ٥٣.

(٢) لم يرد في الكافي.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب الصدقة ح ٢ ج ٩ ص ٤١٤.

(٤) الكافي: كتاب الروضة ح ٣١٤ ج ٨ ص ١٩٧. وانظر وسائل الشيعة: باب ٣٧ من كتاب الأمر بالمعروف ح ٢ ج ١٦ ص ٢٥٦.

(٥) مستطرفات السرائر: مسائل الرجال ح ١٣ ص ٦٨. وسائل الشيعة: باب ٦٨ من أبواب القصاص في النفس ح ٤ ج ٢٩ ص ١٣٣.

(٦) المبسوط: النكاح / أولياء المرأة ج ٤ ص ١٧٨ و١٧٩.

(٧) الخلاف: النكاح / مسألة ٢٧ و٣٢ ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢ و٢٧٤.

في الثاني منهما على ذلك بإجماع الفرقة، إلى أن قال في الردّ على من اعتبر فيها أكثر من ذلك: «وما ذكرناه مجمع عليه».

وفي الغنية: «الكفاءة تثبت عندنا بأمرين، الأوّل: الإيمان، وإمكان القيام بالنفقة؛ بدليل: الإجماع المشار إليه، ولأنّ ما ذكرناه مجمع على اعتباره، وليس على اعتبار ما عداه دليل»(١).

وفي السرائر(٢): «عندنا أنّ الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران: الإيمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها والإنفاق عليها، ولا يراعى ما عدا ذلك من الأنساب والصنائع، والأولى أن نقول: إنّ اليسار ليس بشرط في صحّة العقد، وإنّما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها، ولا يكون العقد باطلاً، بل الخيار إليها، وليس كذلك خلاف الإيمان ـ الذي هو الكفر(٣) ـ إذا بان كافراً فإنّ العقد باطل، ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار...»(٤) إلى آخره.

ج ٣٠ / ٩٥

وقال المرتضى في مسائل الناصريّة: «الذي يذهب إليه أصحابنا: أنّ الكفاءة في الدين معتبرة؛ لأنّه لا خلاف في أنّه لا يجوز أن تتزوّج المرأة المسلمة المؤمنة بالكفّار...»(٥) إلى آخره.

والجميع ـ كما ترى ـ إنّما يراد من الإيمان فيها: المرادف للإسلام،

---

(١) غنية النزوع: النكاح / المقدّمة ص ٣٤٣.

(٢) في بعض النسخ بدل «وفي السرائر»: ولكنّ البناء.

(٣) في بعض النسخ: الكف.

(٤) السرائر: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٥٥٧.

(٥) الناصريّات: مسألة ١٥٣ ص ٣٢٧.

لا المعنى الأخصّ ؛ بقرينة استدلالهم على نفي الزيادة عن ذلك في مقابل الشافعي وغيره من العامّة[1] ممّن اعتبر في الكفاءة أزيد من ذلك : بكون المجمع عليه ذلك والأصل عدم الزيادة ، ولا ريب في أنّ الإيمان المعتبر عند الجميع الإسلام ؛ ضرورة عدم معنى أخصّ للإيمان عندهم .

بل يؤيّده أيضاً : تفريع بعضهم على ذلك عدم جواز تزويج المسلمة غير المسلم[2].

وغير ذلك من القرائن التي لا تخفى على من لاحظ كلماتهم الدالّة على إرادة الإسلام من الإيمان .

ومنه يعلم : عدم قائل صريح معتدّ به من القدماء بعدم جواز نكاح المؤمنة غير المؤمن ولو من فرق الإماميّة كالواقفي ونحوه ممّن جرى عليه حكم الإسلام في هذا الحال .

على أنّ عباراتهم لا تخلو من تشويش بالنسبة إلى اعتبارهم في الكفاءة الإيمان والتمكّن من النفقة ، مع معلوميّة عدم اعتبار الثاني في صحّة العقد حتّى لو رضيت الامرأة بذلك ، كما ستعرف .

وكذا النصوص ؛ ضرورة كون الإيمان في السابق مرادفاً للإسلام ، فإنّه بالمعنى الأخصّ اصطلاح جديد ، نعم ربّما أُطلق الإيمان فيها

(١) حلية العلماء: ج ٦ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢، المجموع: ج ١٦ ص ١٨٢...، مغني المحتاج: ج ٣ ص ١٦٥...، المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٣٧٤، الحاوي الكبير: ج ٩ ص ١٠١، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٤٦٦.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١.

مقابل الإسلام[١] باعتبار إرادة التصديق القلبي والتسالم الظاهري مع النفاق باطناً، ولكنّ المعروف مرادفته، وكذا لفظ الدين الذي هو عند الله الإسلام.

بل قوله صلى الله عليه وآله: «إذا جاءكم...»[٢] إلى آخره خطاب مشافهة، ومن المعلوم أنّ من لا يرضى دينه في زمنه صلى الله عليه وآله من لم يكن مسلماً، فلا يستفاد حينئذٍ منها بقاعدة الاشتراك أزيد من ذلك.

على أنّ ذكر الخُلُق معه ـ مع معلوميّة عدم اعتباره في الكفاءة ـ قرينة على عدم إرادة بيان الكفاءة المعتبرة في الصحّة. ودعوى إرادة الدين منه أيضاً مخالفة للظاهر، على أنّها لا تتمّ فيما اعتبر الأمانة مع الدين منها.

↑ ج ٣٠ / ٩٦

وأمّا الصحيح: فلم يعلم المراد من الشكّاك فيه، ويمكن إرادة المستضعفين منهم، وحينئذٍ فالتعليل فيه يناسب الأمر فيه ـ باعتبار صيرورته حينئذٍ سبباً لنجاة الامرأة ـ لا النهي، فإنّ المستضعف لا يخشى منه القهر على ما عنده؛ لعدم معرفته. وعلى كلّ حال فهو معارض بما تسمعه من النصوص خصوصاً ما ورد في المستضعف[٣]، فلا بأس بحمل النهي فيه على الكراهة.

كالنهي في المرسل الذي بعده، بل والآخر أيضاً مع عدم معلوميّة

(١) أصول الكافي: الإيمان والكفر / انظر باب أنّ الإيمان يشرك الإسلام ج ٢ ص ٢٥.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ و٢ و٦ ج ٢٠ ص ٧٦ ـ ٧٨.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٥٤.

من لم ير رأيها بالبصرة[١]، ولعلّهم الخوارج والمبغضين[٢] لأمير المؤمنين والأئمّة الطاهرين عليهم السلام؛ لكثرتهم في ذلك المكان والزمان، بل هو مقتضى استدلال الإمام عليه السلام بالآية الكريمة؛ ضرورة معلوميّة عدم كفر المخالفين على وجهٍ تجري عليهم أحكامهم الدنيويّة، للسيرة القطعيّة والأدلّة السمعيّة والعسر والحرج... وغير ذلك ممّا هو مسطور في محلّه.

ومنه يعلم: بطلان الاستدلال بما دلّ على كفرهم، المعلوم إرادة حكم الكفّار منه في الآخرة، كما دلّت عليه النصوص المتواترة.

وكذا أخبار النصّاب، فإنّ المراد كونهم أجمع بحكمهم فيها أيضاً؛ لمعلوميّة كفر الناصب وحلّيّة ماله ودمه، ومعلوميّة عدم كون المخالف ـ من حيث كونه مخالفاً ـ كذلك، فوجب حينئذٍ حمل هذه النصوص على ذلك، نحو ما دلّ على أنّهم كفّار[٣] وأنّهم شرّ من اليهود والنصارى[٤]؛ أي في الآخرة، بخلاف الدنيا فإنّهم مساوون للمؤمنين في الأحكام، وبذلك صرّحت النصوص وتواترت في الفرق بين الإسلام والإيمان:

ج ٣٠ / ٩٧

قال سماعة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أخبرني عن الإسلام

---

(١) في بعض النسخ بدلها: البصيرة.

(٢) الأولى التعبير بـ«والمبغضون».

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١٥ ج ٢٠ ص ٥٥٣.

(٤) علل الشرائع: باب ٢٢٠ ح ١ ج ١ ص ٢٩٢، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب الماء المضاف ح ٥ ج ١ ص ٢٢٠.

والإيمان ، أهما مختلفان؟ فقال : إنّ الإيمان يشارك الإسلام ، والإسلام لا يشارك الإيمان . فقلت : فصفهما لي ، فقال : الإسلام شهادة أن لا إله إلّا الله والتصديق برسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله ، وبه حقنت الدماء ، وعليه جرت المناكح ، وعلى ظاهره جماعة الناس ، والإيمان الهدى ، وما يثبت في القلوب من صفة الإسلام ، وما ظهر من العمل به ، والإيمان أرفع من الإسلام بدرجة ، إنّ الإيمان يشارك الإسلام في الظاهر ، والإسلام لا يشارك الإيمان في الباطن ، وإن اجتمعا في القول والصفة »[١] .

وقال حمران بن أعين : «سمعت أبا جعفر عليه‌السلام يقول : الإيمان ما استقرّ في القلب وأفضى به إلى الله ، وصدّقه العمل بالطاعة لله والتسليم لأمر الله ، والإسلام ما ظهر من قول أو فعل ، وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق جميعها ، وبه حقنت الدماء ، وعليه جرت المواريث ، وجاز النكاح ، واجتمعوا على الصلاة والزكاة والصوم والحجّ ، فخرجوا بذلك من الكفر واُضيفوا إلى الإيمان».

إلى أن قلت : «فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل والأحكام والحدود وغير ذلك؟ فقال : لا ، هما يجريان في ذلك مجرىً واحداً ، ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما وما يتقرّبان به إلى الله تعالى ...»[٢] الحديث .

---

(١) اُصول الكافي: الإيمان والكفر / باب أنّ الإيمان يشرك الإسلام ح ١ ج ٢ ص ٢٥.

(٢) المصدر السابق: ح ٥ ص ٢٦.

وقال الفضيل بن يسار: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنّ الايمان يشارك الإسلام ولا يشاركه الإسلام، إنّ الإيمان ما وقر في القلوب، والإسلام ما عليه المناكح والمواريث وحقن الدماء، والإيمان يشارك الإسلام والإسلام لا يشارك الإيمان»(١).

وقال القاسم الصيرفي شريك المفضّل: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الإسلام يحقن به الدم، ويؤدّى به الأمانة، ويستحلّ به الفروج، والثواب على الإيمان»(٢).

↑ ج ٣٠ / ٩٨

وصحيح عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: بمَ يكون الرجل مسلماً يحلّ مناكحته وموارثته، وبمَ يحرم دمه؟ فقال: يحرم دمه بالإسلام إذا ظهر، ويحلّ مناكحته وموارثته»(٣).

إلى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالّة على اشتراك المسلم والمؤمن بالمعنى الأخصّ في هذه الأحكام، خصوصاً في زمان التقيّة والهدنة، وهو الزمان الذي لم تقم فيه يد الشرع، كما أومأ إليه خبر العلاء ابن رزين لمّا سأل أبا جعفر عليه السلام: «عن جمهور الناس؟ فقال: هم اليوم أهل هدنة؛ تردّ ضالّتهم، وتؤدّى أمانتهم، وتحقن دماؤهم، وتجوز

---

(١) الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٢٦.

(٢) أُصول الكافي: الإيمان والكفر / باب أنّ الإسلام يحقن به الدم ح ١ و٦ ج ٢ ص ٢٤ و٢٥. وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٥٦.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٢٣ ج ٧ ص ٣٠٣. الاستبصار: النكاح / باب ١١٩ تحريم نكاح الناصبة ح ٦ ج ٣ ص ١٨٤. وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١٧ ج ٢٠ ص ٥٥٤.

مناكحتهم وموارثتهم في هذا الحال»[1].

كلّ ذلك مضافاً إلى خبر الفضيل بن يسار: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن المرأة العارفة هل أُزوّجها الناصب؟ قال: لا، إنّ الناصب كافر، قال: فأُزوّجها الرجل الغير الناصب ولا العارف؟ فقال: غيره أحبّ إليّ منه»[2].

وما يشعر به خبر زرارة في المستضعف، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أتزوّج مرجئة أم حروريّة؟ قال: عليك بالبله من النساء، قال زرارة: قلت: والله ما هي إلّا مؤمنة أو كافرة، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فأين أهل ثَنوى الله[3]؟! قول الله (عزّ وجلّ) أصدق من قولك: (إلّا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً)[4]»[5].

وخبر حمران بن أعين: «كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها، فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام، فقال: أين أنت من البلهاء

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب النوادر ح ٤٦٤٦ ج ٣ ص ٤٧٢، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٦١.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢١، و«الاستبصار»: ح ٤، ووسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١١ ج ٢٠ ص ٥٥٩.

(٣) ثَنوى الله: أي الذين استثناهم الله. مجمع البحرين: ج ١ ص ٧٦ (ثنا).

(٤) سورة النساء: الآية ٩٨.

(٥) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ٢ ج ٥ ص ٣٤٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٢٥ ج ٧ ص ٣٠٤، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ج ٢٠ ص ٥٥٤.

واللواتي لا يعرفن شيئاً؟! قلت: إنّا نقول: إنّ الناس على وجهين: كافر ومؤمن، فقال: فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيّئاً؟! وأين المرجون لأمر الله؟! أي[1] عفو الله»[2].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على حكم المستضعفين منهم.

ومنه يعلم: إرادة الكراهة من النهي عن تزويج المستضعف المؤمنة[3] كالكراهة في تزويج العارفة غير العارف، وحينئذٍ تتفاوت الكراهة في النكاح منهم ترتّبها في إنكاحهم، فكما أنّه يكره النكاح منهم ـ وخصوصاً غير البله والمستضعفات من نسائهم ـ كذلك يكره إنكاحهم خصوصاً غير البله والمستضعفين منهم، وعلى ذلك تجتمع جميع النصوص التي لا ينكر انسياق الكراهة منها، كما لا يخفى على من رزقه الله معرفة لسانهم ورموزهم والجمع بين كلماتهم.

↑ ج ٣٠ / ٩٩

ومن الغريب مناقشة بعضهم في النصوص السابقة بـ«أنّها ـ مع قصور أسانيدها ـ لا صراحة فيها بجواز تزويج المؤمنة بالمخالف، وغايتها العموم القابل للتخصيص بالعكس، أي تزويج المؤمن المخالفة؛ لتصريح الأخبار الأوّلة بالمنع من تزويج المؤمنة بالمخالف،

---

(١) في الوسائل بدلها: أين.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّوجلّ من النكاح ح ٤٤٢٧ ج ٣ ص ٤٠٨. وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٧ و٨ ج ٢٠ ص ٥٥٧.

(٣) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ٨ ج ٥ ص ٣٤٩. وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٦).

فتتعارض الأخبار تعارض العموم والخصوص، واللازم حمل الأوّل على الثاني»[١].

إذ لا يخفى عليك عدم قبول صحيح ابن سنان منها وغيره لذلك، واستبعاد إرادة خصوص هذا الفرد من خصوص لفظ التناكح والفروج منها دون الدماء والمواريث، وقد قال الباقر[٢] عليه‌السلام في خبر هشام بن الحكم منكراً: «... يتكافأ دماؤكم ولا يتكافأ فروجكم؟!...»[٣]، على أنّ ذلك قد ذكر في بيان اتّحاد حكم المؤمن والمسلم في ذلك واختلافهما في الكفر باطناً وعدمه.

ومنه يعلم: عدم احتمال إرادة الإيمان من الإسلام فيه؛ كعدم[٤] احتمال إرادة جواز مناكحتهم بعضهم مع بعض، وأنّهما واضحا الفساد، بل لا يليق ذكرهما ممّن له نصيب في هذا العلم، ومثلهما احتمال جواز ذلك للضرورة من تقيّة وغيرها.

وليت شعري ما أدري ما الداعي إلى هذه الخرافات؟! وكيف تكون الضرورة المزبورة ملحقة للأولاد ومثبتة للمواريث؟! وغير ذلك من الأحكام المعلوم ثبوتها بالضرورة من الدين.

---

(١) رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٧ ـ ٢٨٨.

(٢) في المصدر بدلها: جعفر بن محمّد.

(٣) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: أنّ المؤمن كفو المؤمنة) ح ٥ ج ٥ ص ٣٤٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ٧ ج ٧ ص ٣٩٥، وسائل الشيعة: باب ٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٣ ج ٢٠ ص ٧٠.

(٤) في بعض النسخ: لعدم.

نعم، هي التقيّة الزمانيّة ـ التي سنشير إليها ـ الجاري عليها أحكام الصحّة، وقد تكرّر من عليّ بن الحسين عليهما السلام لمّا أُنكر عليه النكاح من بعض الناس وإنكاحهم: «إنّ الله قد رفع بالإسلام كلّ خسيسة، وأتمّ به الناقصة، وأذهب به اللؤم، فلا لؤم على مسلم، إنّما اللؤم لؤم الجاهليّة...»[1]، ونحوه عن رسول الله صلى الله عليه وآله في قصّة جويبر[2] المعروفة.

↑ ج ٣٠ ١٠٠

كلّ ذلك مضافاً إلى ما وقع من تزويج أمير المؤمنين عليه السلام ابنته من عمر[3]، وتزوّج عبد الله بن عمر[4] بن عثمان فاطمة بنت الحسين عليه السلام[5]، وتزوّج مصعب بن الزبير أُختها سكينة[6]... وغير ذلك، بل الظاهر أنّ التقيّة الزمانيّة تسوّغ أزيد من ذلك.

نعم، لو انقلب الزمان وظهرت كلمة الحقّ لم يتكافأ الدماء ولا الفروج ولا غير ذلك، فلا يقتل المؤمن بالألف منهم، نسأل الله تعجيل الفرج وقيام العدل، ومن لاحظ شدّة ما جاء في أمر التقيّة ـ التي بها حفظت الدماء وتروّج المذهب ـ علم أنّ ذلك كلّه سهل في مقابلة

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ و٢ و٤ ج ٢٠ ص ٧٢ و٧٣.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٦٧.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٢ و٣ ج ٢٠ ص ٥٦١.

(٤) في المصدر: عمرو.

(٥) شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ١٥ ص ١٩٥، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٨ ص ٤٧٣.

(٦) الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٨ ص ٤٧٥، تاريخ دمشق: ج ٦٩ ص ٢٠٥ و٢٠٦.

المصالح المترتّبة عليها، ولولاها لم يكن للشيعة اسم ولا وقف منهم على رسم، فجزى الله محمّداً وآله عنّا خير الجزاء، لم يألوا جهداً في حفظ هذه الفرقة دنيا وآخرة.

وكأنّ المسألة من الواضحات وإن اشتهر خلاف ذلك بين المتأخّرين[١] ومتأخّريهم[٢]، ولوضوحها تركنا الإطناب فيها والإكثار من ذكر النصوص والمؤيّدات لذلك وما يتفرّع على القول المقابل:

من الانفساخ لو تجدّدت المعرفة بعد النكاح ما لم يؤمن الزوج في العدّة ـ على حسب ما سمعته في الكافر ـ وعدمه.

ومن جريان المسألة في فرق الشيعة غير الاثني عشريّة، فلا تتزوّج المؤمنة بهذا المعنى غير المؤمن به.

ومن جريانها في فرق الشيعة غير الإماميّة بالنسبة إلى بعضهم[٣] بعض إذا كانوا مختلفين في الإقرار بالأئمّة عليهم السلام، فلا يجوز للمقرّة بالسبعة منهم مثلاً نكاح المقرّ بالخمسة مثلاً، ولا نكاح من أشرك غيرهم معهم في الإمامة كالزيديّة وغيرهم، فضلاً عن عدم جواز نكاحها للمخالف. مع احتمال الجواز؛ لاشتراكهم في عدم الإيمان بالمعنى

ج ٣٠ / ١٠١

(١) كالعلّامة في القواعد: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٤، والمقداد في التنقيح: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ٣ ص ١٠٦، وابن فهد في المقتصر: النكاح / أسباب التحريم ص ٢٤٠، والشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٣٦.

(٢) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١ ص ٢٠٠، والطباطبائي في الرياض: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٣...

(٣) في بعض النسخ بعدها إضافة: مع.

الأخصّ، فهم حينئذٍ بالنسبة إلى ذلك ملّة واحدة.

وإغفال النصوص والفتاوى التعرّض لذلك وغيرها ممّا يؤيّد كون المدار على الإسلام في النكاح، وأنّ جميع فرقه التي لم يثبت لها الكفر ـ بنصب أو غلوّ أو نحو ذلك ـ ملّة واحدة يشتركون في التناكح بينهم والتوارث وغيرهما من الأحكام والحدود، والله العالم.

﴿نعم، لا يصحّ نكاح الناصب المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام[١]﴾ ولا نكاح الناصبيّة كذلك ﴿لارتكابه﴾ما ﴿ما يعلم بطلانه من دين الإسلام﴾ مع فرض تديّنهما بذلك، فهو حينئذٍ إنكار لضروريّ من ضروريّات الدين ودخول في سبيل الكافرين، كغيره ممّن كان كذلك، بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣]، والنصوص كادت تكون متواترة فيه[٤]، بل هي كذلك.

بل الظاهر تحقّق النصب المقتضي للكفر بالبغض والعداوة لواحد من أهل البيت عليهم السلام وإن لم يتّخذ ذلك ديناً؛ ضرورة صدق اسم الناصب

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: عليهم الصلاة والسلام.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / في الأولياء ج ١٢ ص ١٣٥.

(٣) نقل الإجماع في كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٨٨، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٨٨.

وينظر النهاية: النكاح / باب ما أحلّ الله من النكاح ج ٢ ص ٣٠٠، وقواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٤، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩١، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٤٩.

عليه، فإنّه العدوّ المبغض.

بل الظاهر تحقّقه بالبغض والعداوة وإن لم يكن معلناً، ففي خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخل رجل على عليّ بن الحسين عليهما السلام فقال: إنّ امرأتك الشيبانيّة خارجيّة تشتم عليّاً عليه السلام، فإن سرّك أن أُسمعك ذلك منها أسمعتك؟ فقال: نعم، فقال: إذا كان غداً حين تريد أن تخرج كما كنت تخرج فعُد واكمن في جانب الدار، قال: فلمّا كان من الغد كمن في جانب الدار وجاء الرجل فكلّمها، فتبيّن ذلك منها، فخلّى سبيلها وكانت تعجبه»[1].

نعم، الظاهر ندرة ذلك في هذا الزمان أو عدمه، كما اعترف به في المسالك[2] وأومأ إليه عليه السلام في خبر ابن سنان بقوله: «... إنّك لا تجد أحداً يقول: إنّي أُبغض آل محمّد...»[3] فلا يلتفت إلى دعوى كون الناصب مطلق المخالف كما سمعته سابقاً، وقد أشبعنا الكلام في تفسير الناصب في كتاب الطهارة[4].

↑ ج ٣٠ / ١٠٢

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هل يشترط﴾ في الكفء مع ذلك ﴿تمكّنه

---

(١) الكافي: النكاح / باب مناكحة النصّاب ح ١٤ ج ٥ ص ٣٥١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٦ من يحرم نكاحهنّ ح ٢٠ ج ٧ ص ٣٠٣، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٧ ج ٢٠ ص ٥٥١.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٠٤.

(٣) علل الشرائع: الباب الأخير من الكتاب ح ٦٠ ج ٢ ص ٦٠١، وسائل الشيعة: باب ٦٨ من أبواب القصاص في النفس ح ٣ ج ٢٩ ص ١٣٣.

(٤) في ج ٦ ص ١٠٠ فما بعدها.

من النفقة؟ قيل: نعم» والقائل الشيخان في المقنعة[١] والمبسوط[٢] والخلاف[٣] وبنو زهرة[٤] وإدريس[٥] وسعيد[٦] والعلّامة في التذكرة[٧] والمختلف[٨] على ما حكي عن البعض.

لقول الله تعالى: «ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فممّا ملكت أيمانكم...»[٩] إلى آخرها.

وقول النبيّ صلى الله عليه وآله لفاطمة بنت قيس لمّا أخبرته أنّ معاوية يخطبها: «إنّ معاوية صعلوك لا مال له»[١٠].

وقول الصادق عليه السلام: «الكفء أن يكون عفيفاً وعنده يسار»[١١].

ولما في ذلك من الإضرار بالمرأة.

---

(١) المقنعة: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ص ٥١٢.

(٢) المبسوط: النكاح / أولياء المرأة ج ٤ ص ١٧٨ و١٧٩.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ٢٧ و٣٢ ج ٤ ص ٢٧١ و٢٧٤.

(٤) غنية النزوع: النكاح / المقدّمة ص ٣٤٣.

(٥) السرائر: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٥٥٧.

(٦) الجامع للشرائع: النكاح / أحكام العقد ص ٤٣٩.

(٧) تذكرة الفقهاء: النكاح / في العاقد ج ٢ ص ٦٠٣ (الطبعة الحجرية).

(٨) مختلف الشيعة: النكاح / في لواحقه ج ٧ ص ٢٩٩.

(٩) سورة النساء: الآية ٢٥.

(١٠) سنن أبيداود: ح ٢٢٨٤ ج ٢ ص ٢٨٥، المسند (للشافعي): ص ١٨٧، مسند أحمد: ج ٦ ص ٤١٢، كنز العمّال: ح ٧١٩٤ ج ٣ ص ٤١١، المستدرك (للحاكم): ج ٤ ص ٥٥، سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٣٥، معرفة السنن والآثار: ح ٤١٩٠ ج ٥ ص ٣١٢، سنن النسائي: ج ٦ ص ٧٥.

(١١) الكافي: النكاح / باب الكفو ح ١ ج ٥ ص ٣٤٧، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٤ ج ٢٠ ص ٧٨.

ولعدّه في[1] النقص عرفاً؛ لتفاضل الناس في اليسار تفاضلهم في النسب.

ولأنّ بالنفقة قوام النكاح ودوام الأزواج[2].

﴿وقيل﴾ والقائل الأكثر[3]: ﴿لا﴾ يشترط ذلك.

للعمومات.

ولقوله تعالى: «إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»[4]، وقوله تعالى: «إنّ مع العسر يسراً»[5].

وقوله صلى الله عليه وآله في تفسير الكفء: أن يرضى دينه وخلقه[6]، وخبر جويبر ﴿و﴾ غيره.

فـ﴿هو الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده.

↑ ج ٣٠ / ١٠٣

والآية من الإرشاد أو في المهر، كقول النبيّ صلى الله عليه وآله لفاطمة لمّا استشارته وأرادت النصيحة منه، والمراد من الكفء في الثاني: العرفي؛ ضرورة عدم اعتبار العفّة فيه شرعاً، ولا إضرار بعد الإخبار، ولا نقص في عدم المال خصوصاً بعد كون أولياء الله غالباً كذلك، بل كأنّ المسألة من الواضحات.

---

(١) في بعض النسخ: من.

(٢) في كشف اللثام والرياض ـ اللذين أُخذت العبارة منهما ـ: الازدواج.

(٣) كما في كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٠.

(٤) سورة النور: الآية ٣٢.

(٥) سورة الشرح: الآية ٦.

(٦) وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٧٦.

ومن هنا نصّ ابنا إدريس[١] وسعيد[٢] فيما حكي عنهما على أنّ المراد: أنّ لها الخيار إذا تبيّن لها العدم لا الفساد، بل في المختلف: الإجماع على عدم اشتراطه في صحّة العقد مع علمها[٣].

وفي كشف اللثام بعد أن حكى ذلك عنه قال: «والأمر كذلك، ولعلّهم مجمعون على الصحّة مع الجهل أيضاً كما ذكره الشهيد، ولكن في الإيضاح أنّ الأقوال ثلاثة: الاشتراط، وعدمه، والخيار»[٤].

قلت: كأنّه لحظ ظاهر اعتبار الشيخين[٥] وابن زهرة[٦] الإيمان والتمكّن من النفقة في الكفاءة في مقابلة من اعتبر أزيد من ذلك فيها من العامّة.

وعلى كلّ حال هو على تقديره في غاية الضعف، ويمكن حمل كلامهم على إرادة وجوب اعتبار ذلك من الولي والوكيل؛ باعتبار المفسدة على الامرأة بذلك. إلّا أنّ ذلك يقتضي كون العقد فضولاً حينئذٍ لا فاسداً.

أو يحمل على إرادة عدم وجوب الإجابة ـ على القول به ـ فيما

---

(١) السرائر: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٥٥٧.

(٢) الجامع للشرائع: النكاح / أحكام العقد ص ٤٣٩.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / في لواحقه ج ٧ ص ٢٩٩.

(٤) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٠.

(٥) لم يشترط الأوّل منهما الإيمان بل اكتفى بالإسلام، انظر المقنعة: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ص ٥١٢، والمبسوط: النكاح / أولياء المرأة ج ٤ ص ١٧٨.

(٦) غنية النزوع: النكاح / المقدّمة ص ٣٤٣.

لو خطب القادر[١] على النفقة دفعاً للحرج وجمعاً بين الأدلّة، بل عن الشهيد: «لا أظنّ أحداً خالف فيه»[٢].

ومن ذلك يعلم الحال في اعتبارهم الإيمان مع التمكّن من النفقة في الكفاءة، فإنّه يحتمل إرادتهم التسلّط على الخيار ـ أو أنّ للمرأة الفسخ ـ مع فرض نكاح الولي أو الوكيل، أو أنّ المراد عدم وجوب الإجابة بناءً على إرادة المعنى الأخصّ من نحو ما سمعته في التمكّن من النفقة؛ لاتّحاد المساق فيهما، وإلّا كان الفساد متّجهاً إليهما معاً أيضاً.

بل الظاهر فساد دعوى الخيار أيضاً؛ لأصالة اللزوم وخصوصاً في النكاح الذي لم يقبل اشتراط الخيار، خلافاً لجماعة منهم الفاضل في المختلف وإن كان هو قد اضطرب رأيه في المسألة؛ فـ:

↑ ج ٣٠ / ١٠٤

في الكتاب المزبور: لم يعتبر اليسار في الكفاءة واكتفى بالإيمان، ولكن خيّرها مع الجهل لو تزوّجت بفقير[٣].

وفي المحكي عن تذكرته: أنّه اعتبر فيها اليسار، وجوّز للولي أن يزوّجها بالفقير، ولو كان الذي يزوّجها السلطان لم يكن له أن يزوّجها إلّا بكفء[٤].

وفي القواعد: لم يجعله شرطاً ولا سبباً للخيار[٥]، وهو الأصحّ

---

(١) الأولى التعبير بـ «غير القادر».

(٢) غاية المراد: النكاح / موجب الخيار ج ٣ ص ١٨٩ ـ ١٩٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / في لواحقه ج ٧ ص ٢٩٩.

(٤) تذكرة الفقهاء: النكاح / في العاقد ج ٢ ص ٦٠٧ (الطبعة الحجرية).

(٥) قواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٥.

لما عرفت.

ونفي الضرار[١] لا يقتضي التسلّط على الخيار مع عدم الانجبار، خصوصاً مع عدم إحراز الراغب فيها من الموسرين، وخصوصاً بعد قوله تعالى: «إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»[٢] و«إنّ مع العسر يسراً»[٣] الذي استدلّ به أمير المؤمنين عليه‌السلام في الخبر الآتي الذي قد يستفاد منه أيضاً ما نحن فيه، وخصوصاً بعد أن شرّع الله تعالى ما يرتفع به الضرار المزبور؛ ضرورة وجوب الإنفاق عليهما من بيت المال أو من المسلمين كفايةً مع فرض الإعسار.

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحال فيما ﴿لو تجدّد عجز الزوج عن النفقة﴾ وأنّه ﴿هل تتسلّط﴾ بذلك ﴿على الفسخ؟﴾ وإن قال المصنّف: ﴿فيه روايتان﴾ لكنّ ﴿أشهرهما﴾ عملاً ﴿أنّه ليس لها ذلك[٤]﴾ لا بنفسها ولا بالحاكم، بل في المسالك: أنّه المشهور[٥]، وهي ما روي عن أمير المؤمنين عليه‌السلام: «إنّ امرأة استعدت[٦] إليه على زوجها للإعسار، فأبى أن يحبسه، وقال: إنّ مع العسر يسراً»[٧]. مضافاً إلى ما عرفت من

---

(١) تقدّم في ص ١١٧.

(٢) سورة النور: الآية ٣٢.

(٣) سورة الشرح: الآية ٦.

(٤) ليست في بعض النسخ ولا في نسخة المسالك.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٠٧.

(٦) استعدت: استعانت واستنصرت. الصحاح: ج ٦ ص ٢٤٢١ (عدا)، مجمع البحرين: ج ١ ص ٢٨٧ (عدا).

(٧) تهذيب الأحكام: القضايا / باب ٩٢ من الزيادات ح ٤٤ ج ٦ ص ٢٩٩، وسائل الشيعة: ←

العمومات وغيرها وزيادة الاستصحاب هنا.

خلافاً للمحكي عن أبي علي فسلّطها على الفسخ[١]، وفي كشف اللثام: «وقيل: يفسخه الحاكم، وهو قويّ، فإن لم يكن الحاكم فسخت؛ لقوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[٢] والإمساك بلا نفقة ليس بمعروف، وللضرر والحرج[٣]، وصحيح أبي بصير عن الباقر عليه السلام: (من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرّق بينهما)[٤]. وصحيح ربعي والفضيل عن الصادق عليه السلام: (... إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلّا فرّق بينهما)[٥]»[٦].

وفيه: منع كون الإمساك بلا نفقة من غير المعروف مع الإعسار وكونها ديناً عليه، على أنّه قد تقدّم[٧] في تفسير الآية من النصوص ما ينافي ذلك.

← باب ٧ من كتاب الحجر ح ٢ ج ١٨ ص ٤١٨.

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في النفقات ج ٧ ص ٣٢٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

(٣) ليست في المصدر.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب حقّ المرأة على الزوج ح ٤٥٢٩ ج ٣ ص ٤٤١. وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب النفقات ح ٢ ج ٢١ ص ٥٠٩.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٦١ ج ٧ ص ٤٦٢. وانظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٤٥٣٠. و«الوسائل»: ح ١.

(٦) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩١.

(٧) في ص ٢٩ ـ ٣٠.

وإلزام الحاكم مع المرافعة والمنازعة وقيام عَصاة[١] الشرع ونظره إلى المصلحة للقادر الممتنع بالطلاق ـ الذي يحمل عليه ما في الخبرين إن لم يكن ظاهرهما ، ولو للجمع بينهما وبين ما سمعته من أمير المؤمنين عليه‌السلام ـ أمر خارج عمّا نحن فيه من تسلّطها على الفسخ أو تسلّط الحاكم عليه ، كما هو واضح ، هذا .

وعن فخر المحقّقين : بناء ما هنا من الخلاف على أنّ اليسار بالنفقة ليس شرطاً في لزوم العقد ؛ إذ لو جعلناه شرطاً لسلّطت على الفسخ بتجدّد العجز بغير إشكال[٢] .

وفيه : أنّه يمكن عليه اختصاص ذلك بالابتداء دون الاستدامة كما في العيوب المجوّزة للفسخ ، وربّما يؤيّده إطلاق الأصحاب هنا . نعم ، لا إشكال في عدم الفسخ ـ بناءً على عدم تسلّطها عليه به ـ لو بان قبل العقد ؛ ضرورة أولويّة ما هنا منه بذلك ، كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان ، فلا إشكال ولا خلاف معتدّ به[٣] في أنّه ﴿يجوز﴾ عندنا[٤] ﴿إنكاح الحرّة العبد، والعربيّة العجمي، والهاشميّة غير الهاشمي، وبالعكس، وكذا أرباب الصنائع الدنيّة﴾ كالكنّاس والحجّام وغيرهما ﴿بذوات الدين﴾ من العلم والصلاح ﴿والبيوتات﴾

---

(١) العصاة: العصا. أقرب الموارد: ج ٢ ص ٧٩٢ (عصا).

(٢) إيضاح الفوائد: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ٢٤.

(٣) كما يستفاد ذلك من رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٢٩٦.

(٤) كما في كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٨٩.

من التجّار وغيرهم؛ لـ:

عموم الأدلّة.

↑ ج ٣٠ / ١٠٦

وخصوص ما جاء من تزويج جويبر الدلفاء[١][٢] ومنجح بن رباح[٣] مولى عليّ بن الحسين عليهما السلام بنت ابن أبي رافع[٤]، ونكاح عليّ بن الحسين عليهما السلام مولاته[٥]، ونكاح رسول الله صلى الله عليه وآله عائشة وحفصة[٦]، ونكاح العوّام صفيّة[٧]، والمقداد ضباعة بنت الزبير بن عبد المطّلب[٨]، وعثمان[٩] وأبي العاص[١٠] وعمر[١١] وعبد الله بن عمر بن عثمان[١٢]

(١) كذا في الوسائل، وفي الكافي ـ وبعض النسخ ـ: الذلفاء.

(٢ و٤) الكافي: النكاح / باب أنّ المؤمن كفو المؤمنة ح ١ ج ٥ ص ٣٣٩، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٦٧.

(٣) ضبطت في الوسائل بـ«رياح».

(٥) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: أنّ المؤمن كفو المؤمنة) ح ٤ ج ٥ ص ٣٤٤، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٢ ج ٢٠ ص ٧٢.

(٦) رجال الكشّي: ح ٢٢٣ ص ١٤١، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١٤ ج ٢٠ ص ٥٦٠.

(٧) الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج ٨ ص ٤١، تاريخ دمشق: ج ٣ ص ١٢١، أُسد الغابة: ج ١ ص ٣٢، البداية والنهاية: ج ٧ ص ١١٩.

(٨) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: أنّ المؤمن كفو المؤمنة) ح ١ و٢ ج ٥ ص ٣٤٤، وسائل الشيعة: باب ٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ و٢ و٥ ج ٢٠ ص ٦٩ ـ ٧١.

(٩) انظر هامش (٦) من هذه الصفحة.

(١٠) انظر هامش (٦) من هذه الصفحة.

(١١) الكافي: النكاح / انظر باب تزويج أُمّ كلثوم ج ٥ ص ٣٤٦، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٢ و٣ ج ٢٠ ص ٥٦١.

(١٢) تقدّم في ص ١٧٥.

ومصعب بن الزبير[١] بنات رسول الله صلى الله عليه وآله وعليّ والحسين عليهما السلام .

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله لمّا زوّج المقداد ابنة الزبير بن عبد المطّلب : «... إنّما أردت أن تتّضع[٢] المناكح»[٣].

كقوله صلى الله عليه وآله : «... المسلم كفء المسلمة، والمؤمن كفء المؤمنة...»[٤].

و« ... المؤمنون بعضهم أكفّاء بعض ...»[٥].

و« ... إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه، إلّا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[٦].

فما عن ابن الجنيد ـ من أنّه اعتبر فيمن تحرم عليهم الصدقة أن لا يتزوّج فيهم إلّا منهم ؛ لئلّا يستحلّ بذلك الصدقة من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من تحلّ له الصدقة[٧] ـ مسبوق بالإجماع وملحوق به ، وإن كان ربّما يشهد له في الجملة :

↑ ج ٣٠ / ١٠٧

خبر بلال[٨] قال : «لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال :

---

(١) انظر الهامش السابق.

(٢) الاتّضاع: ضدّ الارتفاع. الوافي: النكاح / باب ١٥ ذيل ح ١٢ ج ٢١ ص ٨٤.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ٥ ج ٧ ص ٣٩٥، وسائل الشيعة: باب ٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٥ ج ٢٠ ص ٧١.

(٤) الكافي: النكاح / باب أنّ المؤمن كفو المؤمنة ح ١ ج ٥ ص ٣٣٩، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٦٧.

(٥) تقدّم في ص ١٦٢.

(٦) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ١٠ ج ٧ ص ٣٩٦، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٧٦.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في لواحقه ج ٧ ص ٢٩٨ ـ ٢٩٩.

(٨) في المصدر: عليّ بن بلال.

يا هشام، ما تقول في العجم يجوز أن يتزوّجوا إلى العرب؟ قال: نعم، قال: فالعرب تتزوّج من قريش؟ قال: نعم، قال: فقريش تتزوّج في بني هاشم؟ قال: نعم، قال: عمّن أخذت هذا؟ قال: عن جعفر ابن محمّد عليهما السلام سمعته يقول: يتكافأ دماؤكم ولا تتكافأ فروجكم؟! قال: فخرج الخارجي حتّى أتى أبا عبد الله عليه السلام، فقال: إنّي لقيت هشاماً فسألته عن كذا فأخبرني بكذا، وذكر أنّه سمعه منك، قال: نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجي: فها أنا ذا قد جئتك خاطباً، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إنّك لكفء في دينك[1] وحسبك في قومك، ولكنّ الله تعالى صاننا عن الصدقة، وهي أوساخ أيدي الناس، فنكره أن نشرك فيما فضّلنا الله به من لم يجعل الله له مثل ما جعل لنا، فقام الخارجي وهو يقول: تالله ما رأيت رجلاً قطّ مثله، ردّني والله أقبح ردّ وما خرج عن قول صاحبه»[2].

والمرسل في الفقيه أنّه «نظر النبيّ صلى الله عليه وآله إلى أولاد عليّ عليه السلام وجعفر، فقال: بناتنا لبنينا، وبنونا لبناتنا»[3]. لكن من المعلوم ـ خصوصاً الأخير ـ عدم إرادة حرمة ذلك.

---

(١) في الكافي بدلها: «دمك»، وفي التهذيب: «كرمك».

(٢) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: أنّ المؤمن كفو المؤمنة) ح ٥ ج ٥ ص ٣٤٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ٧ ج ٧ ص ٣٩٥، وأورد صدره في وسائل الشيعة: باب ٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٣ ج ٢٠ ص ٧٠.

(٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب الأكفاء ح ٤٣٨٤ ج ٣ ص ٣٩٣، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٧ ج ٢٠ ص ٧٤.

نعم، في المسالك أنّه «اعتبر بعض[١] في الكفاءة زيادةً على ما ذكر: الحرّيّة والنسب والحرفة، وفرّع على النسب: أنّ العجمي ليس كفواً للعربيّة، وغير القريشي ليس كفواً له، ولا مطلق القريشي كفواً للهاشميّة. وعلى الحرفة: أنّ أصحاب الحرف الدنيّة ليسوا أكفّاء للأشراف ولا لسائر المحترفة. والكلّ ضعيف، والأخبار النبويّة والأفعال تنفيه»[٢].

قلت: ما حضرني من كتبهم[٣] قد اعتبر فيه في الكفاءة ذلك وأزيد منه من بعض الأُمور المنافية للكفاءة عرفاً ـ أو لكمالها ـ لا شرعاً، لكنّهم صرّحوا[٤] بكون المراد من ذلك تسلّط المرأة على الفسخ إن شاءت مع فرض تزويج وليّها إيّاها وهي غير عالمة، لا أنّ المراد فساد النكاح حتّى مع العلم والرضا.

↑ ج ٣٠ / ١٠٨

ولعلّ للأصحاب فيما تقدّم سابقاً من نكاح الولي الصغيرة كلاماً يشبه ذلك، نحو قولهم: «لو زوّجها الولي من غير الكفء كان لها الخيار»؛ ضرورة إرادة الكفء عرفاً لا شرعاً، وإلّا كان النكاح باطلاً، لا أنّ لها الخيار، ومبناه على اعتبار المصلحة في تصرّف الولي بالنسبة

(١) في المصدر: بعض العامّة.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٠.

(٣) التهذيب (للبغوي): ج ٥ ص ٢٩٧..... المجموع: ج ١٦ ص ١٨٢..... الحاوي الكبير: ج ٩ ص ١٠١..... مغني المحتاج: ج ٣ ص ١٦٥..... حلية العلماء: ج ٦ ص ٣٥١ ـ ٣٥٢، المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٣٧٤، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٤٦٦.

(٤) المجموع: ج ١٦ ص ١٨٦ ـ ١٨٧.

إلى ذلك أو عدم المفسدة، ونحو ما سمعته من اعتبار التمكّن من النفقة في الكفاءة.

نعم، ربّما كان بعض كلام في أفراد فاقد المصلحة وواجد المفسدة، كالكلام في أنّ المراد بالخيار إجازة العقد وعدمه أو فسخه بعد الصحّة، وأنّ الولي تبقى ولايته على البكر البالغة الرشيدة أو لا، كما عرفت البحث في ذلك كلّه، والأمر سهل، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فقد ذكر المصنّف وغيره[1] أنّه ﴿لو خطب المؤمن القادر على النفقة، وجب إجابته وإن كان أخفض نسباً، ولو امتنع الولي كان عاصياً﴾.

ولكن لا ريب في منافاته لما وقع منه ومن غيره[2] أيضاً من كراهة تزويج الفاسق وخصوصاً شارب الخمر والزاني والمخالف، ولما في النصوص من كراهة تزوّج المهاجرة بالأعرابي[3]... وغير ذلك ممّا لا يجتمع مع وجوب الإجابة إلّا بنوع من التأويل.

فلابدّ من تقييد ذلك بما إذا لم يكن ممّن يكره مناكحته، بل في كشف اللثام زيادة: «ولم يعلم فيه شيء من المسلّطات على الفسخ،

---

(١) كالشيخ في النهاية: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٣٠٧، وابن البرّاج في المهذّب: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ١٧٩ ـ ١٨٠.

(٢) انظر الهامش السابق، وقواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٥، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩٢.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٦٣.

ولم تأب المولّى عليها»[١].

مضافاً إلى ما في المسالك من تقييده بعدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوّة، ثمّ قال: «وإنّما يكون عاصياً مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ وإن كان أدون منه، وإلّا جاز العدول إليه، وكان وجوب الإجابة تخييريّاً، فلا يكون الولي عاصياً بذلك»[٢].

على أنّ أصل الحكم لا يخلو من إشكال؛ إذ هو في الولي الشرعي ـ لصغر ونحوه ـ مع عدم مصلحة خارجيّة تقتضي الوجوب يشكل دعواه للأصل وانتفاء الحاجة، وفي المخطوبة ـ التي هي أولى بنفسها ـ لا يجب عليها أصل النكاح فضلاً عن خصوصيّاته.

↑ ج ٣٠ / ١٠٩

ودعوى: وجوب الإجابة عليها للخاصّ بعد فرض عزمها على أصل النكاح، لا دليل عليها، بل السيرة المستمرّة على خلافها، وربّما كان في تعليق الأمر على رضاها إشارة إلى عدم وجوب الإجابة عليها.

والأمر في النصوص السابقة بتزويج من يرضى دينه وخلقه إنّما هو للأولياء العرفيّين؛ بمعنى: عدم مشروعيّة الامتناع من حيث الحسب والنسب والشرف والغنى والعظمة... ونحو ذلك ممّا كان مستعملاً للعرب في الجاهليّة، وكذا قوله تعالى: «وأنكحوا

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٢.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٠.

الأيامى...»[١] إلى آخرها.

أو أنّ المراد به: عدم جواز الامتناع منهم بعد فرض رضا المخطوبة ولو بقرائن الأحوال مع تأدية امتناعه إلى عدم وقوع النكاح، ولو للعادة بعدم استقلال البنت في أمرها رغباً ورهباً في وليّها ومنه.

أو نحو ذلك ممّا لا يقتضي الوجوب على من بيده عقدة النكاح ـ من الولي أو المخطوبة ـ من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة.

وكأنّه لذلك قال ابن إدريس فيما حكي عنه: «روي أنّه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته، وكان عنده يسار بقدر نفقتها، وكان ممّن يرضى أفعاله وأمانته، ولا يكون مرتكباً لشيءٍ مّا يدخل به في جملة الفسّاق، وإن كان حقيراً في نسبه قليل المال، فلم يزوّجه إيّاها، كان عاصياً لله تعالى مخالفاً لسنّة نبيّه».

«ووجه الحديث في ذلك: أنّه إنّما يكون عاصياً إذا ردّه ولم يزوّجه لما هو عليه من الفقر والأنفة منه لذلك، واعتقاده أنّ ذلك ليس بكفء في الشرع، فأمّا إن ردّه ولم يزوّجه لا لذلك بل لأمر آخر وغرض غير ذلك من مصالح دنياه فلا حرج عليه ولا يكون عاصياً، فهذا فقه الحديث»[٢].

ومرجعه إلى ما ذكرنا: من معصيته إذا ازدرى بالخاطب أو ضارّ المخطوبة.

---

(١) سورة النور: الآية ٣٢.

(٢) السرائر: النكاح / باب الكفاءة في النكاح ج ٢ ص ٥٥٨.

ومن ذلك يعلم ما في المسالك ، فإنّه ـ بعد أن ذكر أنّه «هل يعتبر في وجوب الإجابة بلوغ المرأة ، أم يجب على الولي الإجابة لمن ذكر وإن كانت صغيرة؟ وجهان : من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة ، والأصل في تخصيص الأولياء بالحكم أنّه المجيب والمانع غالباً وإن لم يكن له الولاية شرعاً ، والأمر في الأخبار متعلّق به لذلك» ـ قال :

ج ٣٠ / ١١٠

«وفي صحيحة عليّ بن مهزيار قال : (كتب عليّ بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته وأنّه لا يجد أحداً مثله؟ فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك وأنّك لا تجد أحداً مثلك ، فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه ، إلّا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير)[١] دلالة على جميع ما ذكره المصنّف من الأحكام ؛ لاقتضاء الأمر الوجوب واستلزام مخالفته المعصية ، وتناوله الأخفض نسباً»[٢].

قلت : لكن قد عرفت أنّ المراد من هذا : الأمر .

وكذا ما في كشف اللثام ، فإنّه ـ بعد أن ذكر النبوي ـ قال : «ولأنّ على الولي أن يفعل ما هو أصلح للمولّى عليه ، ثمّ إن كانت البالغة مولّى

---

(١) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: تزويج أمّ كلثوم) ح ٢ ج ٥ ص ٣٤٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ١٠ ج ٧ ص ٣٩٦، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٧٦.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٠ ـ ٤١١.

عليها فلا إشكال، وإلّا فإن كانت المخطوبة بالغة ولكن يعلم من حالها أنّها لا تستقلّ بالنكاح حرم على الولي ردّ الخاطب إذا اتّصف بما ذكر، فإنّه ليس إلّا منعاً لهما عن حاجتهما المرغوبة شرعاً، وإن كانت صغيرة فالظاهر أنّه كذلك إن كان فيه مصلحتها، ويؤيّده قوله عليه السلام: (لا تؤخّروا أربعاً ـ وعدّ منها: ـ تزويج بكر إذا وجد كفواً)[1]»[2].

قلت: ليس محلّ البحث وجود المصلحة بالنسبة إلى المولّى عليه؛ ضرورة خروجه عمّا نحن فيه، إنّما الكلام في الوجوب شرعاً من الولي الحقيقي من حيث خطبة المؤمن القادر على النفقة، كما أنّه ليس منه فرض رغبة الخاطب والمخطوبة، فإنّه ليس للولي العرفي المنع قطعاً.

↑ ج ٣٠ / ١١١

ولعلّه لما ذكرنا أطلق في محكيّ التذكرة استحباب تأخير تزويج الصغيرين إلى البلوغ، قال: «لأنّ النكاح يلزمهما حقوقاً، وليكونا من أهل الإذن فليستأذنا أو يليا العقد بأنفسهما عندنا؛ لأنّ[3] قضاء الشهوة إنّما يتعلّق بالزوجين، فنظرهما لأنفسهما فيه أولى من غيرهما، خصوصاً فيمن يلزمهما عقده كالأب والجدّ»[4]، كما أنّ منه عرفت الحال في أصل الحكم، والله العالم.

---

(١) أرسله بلفظه في كشف اللثام: (انظر الهامش اللاحق)، والموجود في المصادر الحديثيّة: «ثلاثة لا يؤخّرن...».

(٢) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٢.

(٣) في المصدر: ولأنّ.

(٤) تذكرة الفقهاء: النكاح / في العاقد ج ٢ ص ٥٨٧ (الطبعة الحجرية).

﴿ولو انتسب الزوج إلى قبيلة فبان من غيرها كان للزوجة الفسخ﴾ عند الشيخ في النهاية[١] وابني حمزة[٢] وسعيد[٣] على ما حكي عن الأخير منهم؛ للتدليس، ومضمر الحلبي الصحيح: «... في رجل تزوّج امرأة فيقول: أنا من بني فلان، فلا يكون كذلك؟ قال: يفسخ النكاح، أو قال: يردّ»[٤].

وردّه في كشف اللثام وغيره[٥] بالإضمار، قال: «ولا يجدي أنّ الحلبي أعظم من أن يروي نحو ذلك عن غير الإمام؛ لاحتمال رجوع الضمير إلى الحلبي، ويكون الراوي عنه سأله»[٦].

وعلى كلّ حال، فقد وافقهم في المختلف إذا ظهر أنّه أدنى ممّن انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأة ـ لما فيه من الغضاضة والضرر والخبر[٧] بدعوى: أنّ المتبادر منه ذلك ـ وابن إدريس فيما حكي عنه: إن شرط ذلك في العقد سواء كان من قبيلة أدنى ممّا انتسب إليها أو أعلى؛ للتدليس في العقد، فإنّهما إنّما تراضيا بالعقد على ذلك،

---

(١) النهاية: النكاح / باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٧٢.

(٢) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في فسخ العقد ص ٣١١.

(٣) الجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٣.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٥ ج ٧ ص ٤٣٢، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٣٥.

(٥) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١١.

(٦) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٤.

(٧) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب والتدليس ج ٧ ص ١٩٨.

فإذا ظهر الخلاف اعترض[1] للفساد[2]، بل ظاهر المسالك المفروغيّة من ذلك[3]؛ للعموم.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ فيما حكي عن مبسوطه[4] والأكثر على ما في المسالك[5]: ﴿ليس لها﴾ الفسخ ﴿وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده المستفادة من قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»[6]، وحصر ردّ النكاح في غير ذلك في صحيح الحلبي، ومن معلوميّة بناء النكاح على اللزوم؛ ولذا لم يجز فيه اشتراط الخيار.

بل ظاهر المصنّف والفاضل في القواعد[7] ـ كما اعترف به في كشف اللثام[8] ـ عدم الفرق بين أن تكون قبيلته دون من انتسب إليها أم لا، وسواء كانت دون قبيلتها أم لا، ومن غير فرق بين الشرط وعدمه.

ج ٣٠ / ١١٢

بل في كشف اللثام عن المبسوط أنّه ـ بعد أن ذكر أنّ من دلّس بالحرّيّة؛ فإن لم يشترطها في العقد كان النكاح صحيحاً قولاً واحداً، وإن شرطها فيه كان فيه قولان ـ قال: «وهكذا القولان إذا انتسب إليها

---

(١) في بعض النسخ: أعرض.

(٢) السرائر: النكاح / باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١٢.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١١.

(٤) يأتي قريباً ما هو الموجود في المبسوط، وما حكاه هنا مطابق لنقل العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب والتدليس ج ٧ ص ١٩٧.

(٥) الهامش قبل السابق: ص ٤١٢.

(٦) سورة المائدة: الآية ١.

(٧) قواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٥.

(٨) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٣.

نسباً فوجد بخلافه، سواء كان أعلى ممّا ذكر أو دونه، وهو يعطي أنّ الخلاف إنّما هو عند الاشتراط في العقد».

ثمّ قال: «وإن كان الغرور بالنسب؛ فإن وجد دون ما شرط ودون نسبها فلها الخيار؛ لأنّه ليس كفواً، وإن كان دون ما شرط لكنّه مثل نسبها وأعلى منه ـ مثل أن كانت عربيّة فشرط هاشميّاً فبان قرشيّاً أو عربيّاً ـ فهل لها الخيار أم لا؟ فالأقوى أنّه لا خيار لها، وفي الناس من قال: لها الخيار، وقد روي ذلك في أخبارنا»[1] انتهى.

ومراده بالكفء: العرفي لا الشرعي، ولها الخيار حينئذٍ دفعاً للضرورة والغضاضة، وأمّا من كان مثل نسبها أو أعلى فليس من ذلك، وفي كشف اللثام: «وفيه الاشتراك في التدليس»[2].

قلت: لكنّ الكلام فيما يدلّ على الخيار به في النكاح مطلقاً سواء حصل منه ضرر أو لا، بل وفيما يدلّ عليه فيه بتخلّف الوصف في الزوجة أو الزوج، بل وبتخلّف نحو ذلك لو كان على جهة الشرطيّة دون الوصف، بل وبتخلّف الشرائط التي ليست بشرائط أوصاف، بل شرائط إلزامات، كشرطيّة تمليك دار أو عبد مثلاً.

وقياس النكاح على البيع في ذلك كلّه كما ترى، خصوصاً مع الفرق بينهما: بملاحظة الوصف في البيع في الثمن والمثمن بخلافه في الزوج

---

(١) المصدر السابق: ص ٩٤ ـ ٩٥، وانظر المبسوط: النكاح / أولياء المرأة ج ٤ ص ١٨٩.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٩٥.

والزوجة. على أنّ المهر في النكاح ـ فضلاً عن الشرائط التي هي قسط منه ـ قد عرفت أنّ فساده لا يبطل النكاح، ويصحّ فيه اشتراط الخيار دونه، وليس ركناً من أركان النكاح بخلاف الثمن في البيع.

و«المؤمنون عند شروطهم» لا يقتضي أزيد من الإلزام بالشرط القابل لأن يلزم بتأديته، لا مثل شرط أوصاف العين الخارجيّة.

ج ٣٠ / ١١٣

والاستناد إلى المضمر المزبور يقتضي العمل بإطلاقه الذي لم يفرّق فيه بين الاشتراط وعدمه، والتعدية عن مضمونه تقتضي عدم الفرق بين الانتساب إلى قوم وغيره من الأوصاف وبين انتسابها وانتسابه وأوصافها وأوصافه، كما أنّ قاعدة الشرطيّة تقتضي ذلك أيضاً.

ولكن لا يخفى عليك ما في ذلك كلّه من الإشكال، ولعلّه لذلك صرّح الشيخ بعدم الخيار مع الاشتراط[١]، ولا ينافيه إثباته الخيار في الأوّل الذي علّله بعدم الكفاءة لا من جهة الشرطيّة.

ويمكن حمل المضمر المزبور على تزويج الولي أو الوكيل أو غيرهما ممّن يعتبر في لزوم نكاحه المصلحة أو عدم المفسدة، والمفروض تخلّف ذلك، فتسلّط على الخيار أو على ردّ العقد، هذا.

ولكن ستعرف في باب التدليس ما يدلّ على ثبوت الخيار به مع اشتراط ذلك في متنه، بل ظاهرهم هناك الإجماع على ذلك، بل يقوى في النظر ثبوت الخيار إذا تزوّجها على الوصف الذي دلّست به فبان

---

(١) انظر «المبسوط» في الهامش قبل السابق.

الخلاف وإن لم يشترط ذلك في متن العقد ، فلاحظ وتأمّل ، والله العالم .

﴿ويكره أن يزوّج[١] الفاسق﴾ كما في القواعد[٢] وغيرها[٣] ، بل في المسالك : «لا شبهة في كراهة تزويجه ، حتّى منع منه بعض العلماء ؛ لقوله تعالى : (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون)[٤] ، ومفهوم قوله صلى الله عليه وآله : (... إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوّجوه ...)[٥] الدالّ على أنّ من لا يرضى دينه لا يزوّج ، والفاسق كذلك»[٦] .

وفي كشف اللثام تعليله بـ «أنّه لفسقه حريّ بالإعراض والإهانة ، والتزويج إكرام ومودّة ، ولأنّه لا يؤمن من الإضرار بها وقهرها على الفسق ، ولا أقلّ من ميلها إليه أو سقوط محلّه من الحرمة عندها»[٧] .

ولكنّ الجميع ـ كما ترى ـ لا يفيد الكراهة لمطلق الفسق حتّى الإصرار على بعض الصغائر الذي قلّما يخلو منه أحد .

ج ٣٠ / ١١٤

والآية إنّما يراد من الفسق فيها الكفر بقرينة مقابلة الإيمان ، على أنّ نفي الاستواء لا يقضي بكراهة التزويج .

---

(١) في نسخة الشرائع: يتزوّج.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ١٥.

(٣) كالنهاية: النكاح / باب الكفاءة ج ٢ ص ٣٠٧. والمهذّب: النكاح / باب الكفاءة ج ٢ ص ١٨٠. واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩٢.

(٤) سورة السجدة: الآية ١٨.

(٥) تقدّم في ص ١٩٣.

(٦) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٢.

(٧) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٣.

وليس مندرجاً فيمن لا يرضى دينه قطعاً، بل والخلق بناءً على أنّ المراد منه: حسن السجايا، التي لا ينافيها بعض أنواع الفسق، كما عساه يومئ إليه النهي عن تزويج سيّء الخلق، قال الحسين بن بشّار الواسطي: «كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إنّ لي قرابة قد خطب إليّ ابنتي وفي خلقه سوء؟ فقال: لا تزوّجه إن كان سيّء الخلق»[1].

وليس كلّ فسق حريّاً بالإعراض والإهانة على وجهٍ ينافيه التزويج، ولا يؤمن معه من الإضرار بها ومن قهرها عليه، خصوصاً مع فرض فسقها، ولا كلّ فسق يسقط حرمة الإيمان التي قد علمت من الشريعة.

ولم نعرف من نسب إليه من العلماء المنع منّا، بل في كشف اللثام: «لا يحرم اتّفاقاً منّا»[2] ولعلّه من العامّة، إلّا أنّه يمكن أن يكون من إنكار الضروريّات.

نعم، لا ريب في الكراهة بالنسبة إلى بعض أنواع الفسق؛ كشرب الخمر الذي قال المصنّف فيه: ﴿وتتأكّد[3]﴾ أي الكراهة ﴿في شارب الخمر﴾ وقال الصادق عليه السلام: «من زوّج كريمته من شارب الخمر فقد

---

(١) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ٣٠ ج ٥ ص ٥٦٣، من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّوجلّ من النكاح ح ٤٤٢٨ ج ٣ ص ٤٠٩، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٨١.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: ويتأكّد.

قطع رحمها»[١] ﴿و﴾ كالزنا وغيرهما من أنواع الفسق التي فيها من الغضاضة وعدم الائتمان ما لا يخفى، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الناس وبعض النساء.

كما لا ريب في كراهة ﴿أن تزوّج المؤمنة بالمخالف﴾ لما عرفته ﴿ولا بأس بالمستضعف، وهو الذي لا يعرف بعناد﴾ بمعنى: عدم تلك الكراهة الحاصلة في غيره وإن كان هو أيضاً مكروهاً؛ للنهي عنه[٢] كالنهي عن النكاح منهم[٣]، وخصوصاً على المؤمن، وإن خفّت الكراهة في البله من نسائهم والمستضعفات منهنّ.

↑ ج ٣٠ / ١١٥

وفي خبر سدير قال: «قال لي أبو جعفر عليه السلام: يا سدير، بلغني عن نساء أهل الكوفة جمال وحسن تبعّل، فابتغ لي امرأة ذات جمال في موضع، فقلت: قد أصبتها جعلت فداك، فلانة بنت فلان ابن محمّد بن الأشعث بن قيس، فقال لي: يا سدير، إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لعن قوماً فجرت اللعنة في أعقابهم، وإنّ عليّاً عليه السلام لعن قوماً فجرت اللعنة في أعقابهم[٤] إلى يوم القيامة، وأنا أكره أن يصيب جسدي جسد أحد من

---

(١) الكافي: النكاح / باب كراهية أن ينكح شارب الخمر ح ١ ج ٥ ص ٣٤٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٣ الكفاءة في النكاح ح ١٤ ج ٧ ص ٣٩٨، وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٧٩.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ٦ ج ٢٠ ص ٥٥٧.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر ج ٢٠ ص ٥٤٩.

(٤) «وإنّ عليّاً...» إلى هنا ليس في المصدر.

أهل النار»[١].

وكذا يكره نكاح الزنج، قال أمير المؤمنين عليه‌السلام: «إيّاكم ونكاحهم؛ فإنّه خلق مشوّه»[٢].

وقال الصادق عليه‌السلام: «لا تناكحوا الزنج والخزر؛ فإنّ لهم أرحاماً تدلّ على غير الوفاء، قال: والسند والهند والقند ليس فيهم نجيب؛ يعني القندهار»[٣].

وقال عليه‌السلام أيضاً: «... لا تنكحوا من الأكراد؛ فإنّهم حيّ[٤] من الجنّ كشف الله عنهم الغطاء»[٥].

وقال أمير المؤمنين عليه‌السلام: «إيّاكم وتزويج الحمقاء؛ فإنّ صحبتها بلاء، وولدها ضياع»[٦].

وقال الصادق عليه‌السلام: «زوّجوا الأحمق ولا تزوّجوا الحمقاء؛ فإنّ

---

(١) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ٥٦ ج ٥ ص ٥٦٩، وسائل الشيعة: باب ١٤٣ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٢٤٧.

(٢) الكافي: النكاح / باب من كره مناكحته ح ١ ج ٥ ص ٣٥٢. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٤ اختيار الأزواج ح ٢٩ ج ٧ ص ٤٠٥، وسائل الشيعة: باب ٣١ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٨٢.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٢.

(٤) في المصدر بدلها: جنس.

(٥) الكافي: النكاح / باب من كره مناكحته ح ٢ ج ٥ ص ٣٥٢، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٨٣.

(٦) الكافي: النكاح / باب كراهية تزويج الحمقاء ح ١ ج ٥ ص ٣٥٣، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٤ اختيار الأزواج ح ٣١ ج ٧ ص ٤٠٦، وسائل الشيعة: باب ٣٣ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٨٤.

الأحمق قد ينجب والحمقاء لا تنجب»[١].

وعن الباقر عليه‌السلام وقد سئل: «عن الرجل المسلم تعجبه المرأة الحسناء، أيصلح له أن يتزوّجها وهي مجنونة؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلا بأس بأن يطأها، ولا يطلب ولدها»[٢].

إلى غير ذلك ممّا ورد في النصوص النهي عن نكاحه وإنكاحه، المحمول على الكراهة وشدّتها، والله العالم.

ج ٣٠ / ١١٦

المسألة «الثانية»

«إذا تزوّج بامرأة[٣]» ولو بزعم أنّها عفيفة «ثمّ علم» أي بان «أنّها كانت زنت لم يكن له فسخ العقد» وفاقاً للمحكي عن النهاية[٤] والخلاف[٥] والسرائر[٦] والجامع[٧] وموضع من المهذّب[٨] وغيرها[٩]، بل هو المشهور[١٠]؛ لـ:

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢ ص ٣٥٤، و«التهذيب»: ح ٣٢، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٣٥٤، و«التهذيب»: ح ٣٣، ووسائل الشيعة: باب ٣٤ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ٨٥.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: امرأة.

(٤) النهاية: النكاح / باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٠.

(٥) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٤ ج ٤ ص ٣٤٦.

(٦) السرائر: النكاح / باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١٣.

(٧) الجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها فسخ النكاح ص ٤٦٤.

(٨) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٥.

(٩) كالمختصر النافع: النكاح / أسباب التحريم ص ١٨٠.

(١٠) كما في رياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٣٠٢.

الأصل.

وحصر موجب الفسخ في غيره في صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «... إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ...»[١].

وخبر رفاعة عنه عليه السلام سأله: «عن المحدود والمحدودة هل يردّ من النكاح؟ قال: لا ...»[٢].

خلافاً للمحكي عن الصدوق[٣] وأبي علي[٤]: فخيّراه؛ للعار الذي يندفع بالطلاق، ولقول أمير المؤمنين عليه السلام: «في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها؟ قال: يفرّق بينهما، ولا صداق لها؛ لأنّ الحدث كان من قبلها»[٥].

وهو ـ مع الضعف، وظهوره في الانفساخ ـ لا يفيد المطلوب؛ فإنّ ظاهره أنّ الزنا بعد العقد، مع احتمال التفريق بالطلاق، بل قيل:

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٨ ج ٣ ص ٤٣٣، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٢ ج ٧ ص ٤٢٦، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦ ج ٢١ ص ٢٠٩.

(٢) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٩ ج ٥ ص ٤٠٧، تهذيب الأحكام: (الهامش السابق: ح ٨ ص ٤٢٤)، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢١٧.

(٣) المقنع: باب النكاح ص ٣٢٦.

(٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب والتدليس ج ٧ ص ٢٠٦.

(٥) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ٤٥ ج ٥ ص ٥٦٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٧٦ ج ٧ ص ٤٩٠، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب العيوب والتدليس ح ٣ ج ٢١ ص ٢١٨.

«إنّه أولى»[١].

وللمحكي عن المفيد[٢] وسلّار[٣] والتقي[٤] والقاضي في[٥] موضع آخر من المهذّب[٦]: فخيّروه إذا ظهر أنّها حدّت في الزنا من غير تعرّض لغير المحدودة من الزنا، ولعلّه لكون العار فيها أشدّ.

وهم محجوجون بما عرفت.

وعلى كلّ حال، فلا فسخ له ﴿ولا الرجوع على الولي بالمهر﴾ بعد فرض استحقاقها له بالدخول، سواء أمسكها أو فارقها؛ للأصل، واستيفائه المعوّض، وإلّا كان جامعاً بين العوض والمعوّض عنه، بل الظاهر أنّ عدم الفسخ لا يجامع تضمين المهر.

خلافاً للشيخ في النهاية فقال: «له الرجوع»[٧]، وكذا ابن إدريس إن كان الولي عالماً بأمرها[٨]؛ لـ: ↑ ج ٣٠ / ١١٧

التدليس.

وصحيح معاوية بن وهب سأل الصادق عليه السلام عن ذلك، فقال: «إن

(١) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٦.
(٢) المقنعة: النكاح / باب التدليس في النكاح ص ٥١٩.
(٣) المراسم: النكاح / شرائط الأنكحة ص ١٥٠.
(٤) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٥.
(٥) في بعض النسخ بدلها: و.
(٦) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣١.
(٧) النهاية: النكاح / باب التدليس في النكاح ج ٢ ص ٣٦٠.
(٨) السرائر: النكاح / باب العيوب والتدليس ج ٢ ص ٦١٣.

شاء زوجها أخذ الصداق ممّن زوّجها، ولها الصداق بما استحلّ من فرجها، وإن شاء تركها»[١].

ونحوه خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عنه عليه السلام[٢].

ولحسن الحلبي سأله: «عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلّا وليّها، أيصلح له أن يزوّجها ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبةً أو معروفاً؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجها ثمّ علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليّها بما دلّس عليه كان له ذلك على وليّها، وكان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلّ من فرجها، وإن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس»[٣].

وإلى ذلك أشار المصنّف بقوله: ﴿وروي أنّ له الرجوع ولها الصداق بما استحلّ من فرجها، وهو شاذّ﴾ وفي كشف اللثام: «يمكن حملها على ما إذا شرط على الولي أن لا تكون زانية، وقوله عليه السلام في الخبر الأوّل: (إن شاء تركها) يحتمل أن يكون بمعنى الإمساك كما في هذا الخبر، وأن يكون بمعنى الفراق بطلاق أو فسخ

---

(١) الكافي: النكاح / باب الزاني والزانية ح ٤ ج ٥ ص ٣٥٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٤ اختيار الأزواج ح ٣٥ ج ٧ ص ٤٠٦، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق).

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٩ ج ٧ ص ٤٢٥، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ٢١ ص ٢١٩.

(٣) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٥ ج ٥ ص ٤٠٨، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ١ ص ٢١٧).

على القول به»[١].

قلت: على الأوّل يكون المراد الإمساك من غير رجوع بالمهر كي يصحّ مقابلاً لقوله عليه‌السلام أوّلاً: «إن شاء أخذ»، بل يتعيّن إرادة الكناية بالأوّل عن الفسخ ثمّ الرجوع بما اغترمه للمرأة، وحينئذٍ يتّجه الاستدلال بهذه النصوص للصدوق والإسكافي على الخيار، بل قد يؤيّد ذلك: إمكان دعوى منافاة عدم الفسخ للرجوع بالمهر -الذي قد تضمّنته- على الولي؛ ضرورة اقتضائه رضاه بالبضع الذي هو بدل عوضه.

نعم، لو فسخ العقد -والفرض أنّ الامرأة قد غرّمته بما استحلّ من فرجها الصداق- كان له الرجوع به على من غرّه، لا أنّه يرجع به عليه مع عدم الفسخ، فيكون حينئذٍ قد جمع بين العوض والمعوّض عنه، ومقيماً على الانتفاع بالبضع بلا عوض.

ج ٣٠ / ١١٨

ومن ذلك يعلم: ضعف القول بالرجوع بالمهر على الولي مع عدم الفسخ، خصوصاً مع اقتضاء التعليل -المقتضي لذلك- أنّه يرجع عليها لو فرض مباشرتها للنكاح بنفسها من غير ولي، ويلزم منه استدامة استحلال الانتفاع ببضعها من غير عوض، وهو خلاف المعلوم نصّاً وفتوى في غير المقام.

كما أنّ منه يعلم: شذوذ مفاد الأخبار المزبورة؛ ضرورة عدم ثبوت

(١) كشف اللثام: النكاح / في الأولياء ج ٧ ص ٩٧.

القول بالرجوع بالمهر على الولي مع الفسخ من الصدوق وأبي علي ، بل ظاهر الخبر المذكور سنداً لهما عدم الصداق لها ، واقتصار الشيخ وغيره على الرجوع بالمهر من غير فسخ ، وقد عرفت أنّه خلاف ظاهرها ، فتكون حينئذٍ شاذّة لم يفت أحد بمضمونها .

وبذلك يعلم : قصورها عن معارضة قاعدة اللزوم واستصحابه ، خصوصاً في النكاح الراجح فيه جهة اللزوم بدليل عدم صحّة اشتراط الخيار فيه .

على أنّه ربّما لا يكون غرور من الولي بذلك ، ولا نقص في المعاوضة التي وقعت منه ؛ ضرورة عدم مدخليّة الزنا السابق في نقص الانتفاع بالبضع الذي هو المقابل بالمهر .

فيقوى حينئذٍ : عدم الفسخ وعدم الرجوع بالمهر أصلاً ، ولو قيل : بأنّ له الفسخ في خصوص المهر والرجوع إلى مهر المثل مع فرض نقصانه عن المسمّى ، كان وجهاً ، والله سبحانه هو العالم .

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لا يجوز التعريض بالخطبة﴾ بالكسر ـ ولو معلّقة على فراق الزوج ـ لذات البعل ، بل ولا ﴿لذات العدّة الرجعيّة﴾ من غير الزوج ﴿لأنّها زوجة[1]﴾ حكماً ؛ فضلاً عن التصريح ، إجماعاً محكيّاً من

---

(١) في نسخة الشرائع: لأنّها في حكم الزوجة.

غير واحد[١] إن لم يكن محصّلاً[٢]، وهو الحجّة.

مضافاً: إلى ما في ذلك من منافاة احترام العرض المحترم كالمال والدم، ومن إفساد الامرأة على زوجها الذي ربّما أدّى إلى سعيها بالتخلّص منه ولو بقتله بسمّ ونحوه؛ كما وقع لجعيدة بنت الأشعث زوجة الحسن عليه السلام لمّا خطبها معاوية بن أبي سفيان لجروه يزيد[٣].

↑ ج ٣٠ / ١١٩

نعم، لا بأس بها تعريضاً وتصريحاً للخليّة من الزوج والعدّة، بل هي حينئذٍ مستحبّة؛ للتأسّي[٤]، ولما فيها من تأليف قلبها وقلوب أوليائها. وليست شرطاً ولا واجبةً اتّفاقاً[٥].

﴿ويجوز﴾ التعريض ﴿للمطلّقة ثلاثاً﴾ في العدّة ﴿من الزوج وغيره، ولا يجوز﴾ فيها ﴿التصريح لها منه ولا من غيره﴾ قيل: «للآية منطوقاً ومفهوماً»[٦]. ودعوى اختصاصها بعدّة الوفاة ممنوعة

---

(١) كالشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٣٩. والطباطبائي في الرياض: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٢) ينظر المبسوط: النكاح / التعريض بنكاح المعتدّات ج ٤ ص ٢١٧. وإصباح الشيعة: النكاح / الفصل الثاني ص ٤٠٢، وقواعد الأحكام: النكاح / المقدّمات ج ٣ ص ٧، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الثالث ص ١٩٢.

(٣) مقاتل الطالبيّين: ص ٤٧ ـ ٤٨، الفصول المهمّة (لابن الصبّاغ): ج ٢ ص ٧٣٦، شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج١٦ ص ١١، الإرشاد (للمفيد): تاريخ الإمام الحسن عليه السلام ص ١٥ ـ ١٦، المناقب (لابن شهراشوب): ج ٣ ص ٢٠٢.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٢ من أبواب مقدّمات النكاح ج ٢٠ ص ٩٧.

(٥) كما في كشف اللثام: النكاح / المقدّمات ج ٧ ص ٣٠.

(٦) المصدر السابق: ص ٣١.

وإن كانت بائناً لكنّ ذلك لا يقتضي التخصيص.

ويجوز تصريحاً بعد العدّة من غيره لا منه قبل المحلّل؛ لحرمتها عليه دون غيره.

﴿أمّا المطلّقة تسعاً للعدّة ينكحها بينها رجلان﴾ ونحوها ممّا تحرم على الرجل أبداً كالملاعَنَة والمرضِعَة ﴿فلا يجوز التعريض لها من الزوج﴾ في غير العدّة فضلاً عنها ﴿ويجوز من غيره﴾ للآية[١] ﴿ولا يجوز التصريح في العدّة منه ولا من غيره﴾.

﴿وأمّا المعتدّة البائنة ـ سواء كانت عن خلع أو فسخ ـ فيجوز[٢] التعريض من الزوج وغيره﴾ للآية[٣]، وعن الشيخ التردّد في الغير[٤]: من ذلك، ومن أنّها في عدّة الغير مع جواز رجوعها إليه بنكاح.

﴿و﴾ يجوز ﴿التصريح من الزوج﴾ في العدّة المضروبة احتراماً له؛ ولذا جاز له نكاحها فيها، فيجوز له حينئذٍ التصريح فيها ﴿دون غيره﴾ الذي لا يجوز له ذلك.

↑ ج ٣٠ / ١٢٠
والعمدة في هذه الأحكام: ما حكوه من الإجماع، الذي به يتمّ إرادة خصوص التعريض ـ المرادف للتلويح، المقابل للتصريح ـ من الآية، وهو إيهام المقصود بما لا يوضع له حقيقةً ولا مجازاً ولا لازماً،

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٥.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يجوز.

(٣) الهامش قبل السابق.

(٤) المبسوط: النكاح / التعريض بنكاح المعتدّات ج ٤ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

بخلاف الكناية المفهمة للمراد بذكر اللوازم.

﴿وصورة التعريض أن يقول: رُبّ راغب فيك أو حريص عليك﴾ وإنّ الله لسائق إليك خيراً، وإنّك لجميلة ﴿وما أشبهه﴾ من الأقوال ﴿والتصريح أن يخاطبها بما لا يحتمل إلّا النكاح؛ مثل أن يقول: إذا انقضت عدّتك تزوّجتك﴾ ونحو ذلك.

لكن لا يخفى عليك: احتياج دلالة الآية على هذه التفاصيل إلى شيء آخر من إجماع ونحوه، خصوصاً بعد خلوّ النصوص الواردة فيها عن ذلك؛ فـ:

في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن قول الله (عزّ وجلّ): (ولكن لا تواعدوهنّ سرّاً إلّا أن تقولوا قولاً معروفاً)[١]؟ قال: هو الرجل يقول للمرأة قبل أن تنقضي عدّتها: أُواعدك بيت آل فلان ليعرّض لها بالخطبة، ويعني بقوله: (إلّا أن تقولوا قولاً معروفاً) التعريض بالخطبة، ولا يعزم عقدة النكاح حتّى يبلغ الكتاب أجله»[٢].

وخبر عبد الله بن سنان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن قول الله (عزّ وجلّ): (لا تواعدوهنّ...) ـ إلى آخرها ـ؟ فقال: السرّ أن يقول الرجل: موعدك بيت آل فلان، ثمّ يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدّتها، فقلت: فقوله: (إلّا أن تقولوا قولاً معروفاً)؟ قال: هو

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٥.

(٢) الكافي: النكاح / باب في قول الله عزّوجلّ: «ولكن...» ح ١ ج ٥ ص ٤٣٤، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ ج ٢٠ ص ٤٩٧.

طلب الحلال في غير أن يعزم عقدة النكاح قبل أن يبلغ الكتاب أجله»[١].

وخبر أبي حمزة[٢]: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله (عزّ وجلّ): (لا تواعدوهنّ...) ـ إلى آخرها ـ؟ قال: يقول الرجل: أُواعدك بيت آل فلان، يعرّض لها بالرفث ويرفث، يقول الله (عزّ وجلّ): (إلاّ أن تقولوا قولاً معروفاً) والقول المعروف التعريض بالخطبة على وجهها وحلّها، ولا تعزموا عقدة النكاح حتّى يبلغ الكتاب أجله»[٣].

ج ٣٠ / ١٢١

وخبر البصري عن أبي عبد الله عليه السلام: «في قول الله (عزّ وجلّ): (إلاّ أن تقولوا قولاً معروفاً)؟ قال: تلقاها فتقول: إنّي فيك لراغب، وإنّي للنساء لمكرم، فلا تسبقيني بنفسك، والسرّ لا يخلو معها حيث وعدها»[٤].

ضرورة كون المراد من هذه النصوص: تفسير المواعدة المنهي عنها، والمتضمّنة للقول المعروف المرخّص فيها. وآخر الأخيرة تفسير للسرّ المنهي عن مواعدته؛ أعني الخلوة بها، وإنّما قال: «لا يخلو» لأنّ النهي راجع للخلوة لا[٥] للتعريض للخطبة على وجهها وحلّها.

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«الوسائل»: ح ١.

(٢) في المصدر: عليّ بن أبي حمزة.

(٣) الكافي: النكاح / باب في قول الله عزّ وجلّ: «ولكن...» ح ٣ ج ٥ ص ٤٣٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٩٤ ج ٧ ص ٤٧١، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣ ج ٢٠ ص ٤٩٨.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٤.

(٥) في بعض النسخ بدلها: إلاّ.

وكانوا يعرّضون للخطبة في السرّ بما يستهجن فنهوا عن ذلك ، كما يستفاد من رواية أبي حمزة ، وفي رواية العيّاشي عن الصادق عليه‌السلام في هذه الآية : «المرأة في عدّتها تقول لها قولاً جميلاً ترغّبها في نفسك ، ولا تقول : أصنع كذا وأصنع كذا القبيح من الأمر في البضع وكلّ أمر قبيح»[١].

وهي جميعاً ـ كما ترى ـ لا دلالة فيها على ما سمعته من الأصحاب ، بل قد يقال : استعمال التعريض في المعنى المخصوص الذي ذكروه شيء حادث ، لا أنّ ذلك معناه لغةً .

فإن لم يكن إجماع أمكن أن يقال : إنّ المراد ـ ولو بمعونة الأخبار المزبورة ـ نفي الجناح عن التعريض بالخطبة بما لم يستهجن ويعدّ من الفحش ومنافٍ للحياء ونحو ذلك وإن كان بصريح اللفظ ؛ مثل ما سمعته عن الصادق عليه‌السلام في تفسير القول المعروف ، ومثل قوله صلى‌الله‌عليه‌وآله لفاطمة بنت قيس : «إذا حللت فآذنيني ولا تفوّتينا نفسك»[٢].

بخلاف الألفاظ المستهجنة التي كانوا يستعملونها في الخطبة من ذكر الجماع وكثرته ... ونحو ذلك على أن يكون المراد بالمواعدة سرّاً نحو ذلك ، وعبّر عنه بالسرّ لأنّه ممّا يسرّ به .

---

(١) تفسير العيّاشي: سورة البقرة ح ٣٩٤ ج ١ ص ١٢٣، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦ ج ٢٠ ص ٤٩٩.

(٢) مسند أحمد: ج ٦ ص ٤١٤، سنن أبي داود: ح ٢٢٨٤ و٢٢٨٧ ج ٢ ص ٢٨٥ و٢٨٦.

قال امرؤ القيس :

ج ٣٠ / ١٢٢

ألا زعمت بسباسة اليوم أنّني كبير وأن لا يشهد السرّ أمثالي[١]

وقال الفرزدق :

موانع للأسرار إلّا من اهلها ويخلفن ما ظنّ الغيور التقشّف[٢]

يعني : أنّهنّ عفائف يمنعن الجماع إلّا من أزواجهنّ .

وحينئذٍ يكون السرّ مفعولاً به وهو المنهي عنه ، بخلاف القول المعروف ، فالتصريح المنهي عنه في مقابل التعريض هذا ، لا التصريح بالنكاح على سنّة الله وسنّة رسوله صلى الله عليه وآله .

أو يقال : إنّ المراد بالمواعدة سرّاً : الخلوة بها إلّا للقول المعروف ، لا للمفاكهة والتلذّذ بها وإرادة القبيح بهنّ كما حكاه الرازي في تفسيره ، قال : «روى الحسن أنّه كان الرجل يدخل على المرأة وهو يعرّض بالنكاح ، فيقول لها: دعيني أُجامعك ، فإذا تمّمت عدّتك أظهرت نكاحك»[٣] .

وحاصل الآية حينئذٍ : أنّه لا جناح عليكم في خطبة النساء ـ أي : طلبهنّ للنكاح وذكرهنّ لذلك ـ وفيما أكننتم في أنفسكم من ذلك ؛ لأنّ الله قد علم أنّكم لابدّ وأن تذكروهنّ في أنفسكم وفي ألسنتكم ، فرأف بكم ونفى الجناح عنكم في ذلك كلّه ، وأذن لكم في

---

(١) ديوان امرئ القيس: ص ١٤٠. وفيه: كبرت وان لا يحسن اللهو أمثالي.

(٢) شرح ديوان الفرزدق: ج ١ ص ٢٢. وفيه: «المشفشف» بدل «التقشّف».

(٣) تفسير الرازي: ذيل الآية ٢٣٥ من سورة البقرة ج ٦ ص ١٤٢.

ذكرهنّ للنكاح وخطبتهنّ، ولو كنّ في عدّة وفاة أو غيرها من عدّة البائن فاذكروهنّ واخطبوهنّ، ولكن لا تخطبوهنّ بأن تواعدوهنّ سرّاً ـ أي جماعاً ونحوه من الأشياء المستهجنة ـ أو تواعدوهنّ خلوة إلّا للقول بالمعروف لا لغيره.

وبذلك ظهر لك وجه الاستثناء متّصلاً ومنقطعاً، بل ووجه الاستدراك، وأمّا ما سمعته من الأصحاب ـ من الفرق بين التعريض والتصريح ـ فيصعب استفادته تماماً منها إلّا بمعونة إجماعهم، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو صرّح بالخطبة في موضع المنع﴾ منه ﴿ثمّ انقضت العدّة فنكحها لم تحرم﴾ قطعاً وإجماعاً بقسميه[1]؛ للأصل والعمومات بعد معلوميّة عدم اقتضاء الإثم في ذلك حرمة النكاح كما هو واضح. ولعلّه نبّه عليه لخلاف بعض العامّة[2].

↑ ج ٣٠ / ١٢٣

---

(١) نقل الإجماع في الخلاف: النكاح / مسألة ١٠١ ج ٤ ص٣٢٢، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١١ ص ٣٠٨، وظاهر الحدائق الناضرة: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٩٥.

وانظر المبسوط: النكاح / التعريض بنكاح المعتدّات ج ٤ ص ٢١٩، وقواعد الأحكام: النكاح / المقدّمات ج ٣ ص ٧، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل الثالث ج ٥ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١، وكفاية الأحكام: النكاح / مسائل متعلّقة بالعقد ج ٢ ص ١٦١، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١٦ ج ٢ ص ٢٥٨.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٢٦، المجموع: ج ١٦ ص ٢٦٠.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿إذا خطب﴾ منها ﴿فأجابت﴾ ولو بالسكوت الدالّ على ذلك، أو من وليّها الشرعي فأجاب ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في بعض كتبه[1]: ﴿حرم على غيره خطبتها﴾.

لقوله صلى الله عليه وآله: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه»[2].

وحرمة الدخول في سوم المؤمن الذي منه ذلك؛ بقرينة قوله عليه السلام: «إنّه مستام... يأخذ بأغلى ثمن»[3].

ولوجوب الإجابة عليها.

ولما فيه من إيذاء المؤمن وإثارة الشحناء.

وفيه: منع صحّة الخبر المزبور وكونه مستاماً حقيقةً وحرمة الدخول في السوم ولزوم إجابة كفء المنع من إجابة آخر، خصوصاً إذا رجح على الأوّل ولو بزيادة ركونها إليه مع كون الأمر بيدها، فأصالة الجواز حينئذٍ سالمة عن المعارض.

﴿و﴾ على تقدير الحرمة ﴿لو﴾ أثم وخطب و﴿تزوّج ذلك الغير كان العقد صحيحاً﴾ قطعاً؛ للأصل، والعمومات، وعدم اقتضاء الإثم

---

(١) المبسوط: النكاح / التعريض بنكاح المعتدّات ج ٤ ص ٢١٨، الخلاف: النكاح / مسألة ١٠١ ج ٤ ص ٣٢٢.

(٢) مسند أحمد: ج ٢ ص ٤٢ و١٤٢، سنن أبي داود: ح ٢٠٨١ ج ٢ ص ٢٢٨، سنن الدارمي: ج ٢ ص ١٣٥، سنن النسائي: ج ٦ ص ٧٣، سنن البيهقي: ج ٧ ص ١٧٩، كنز العمّال: ح ٩٥٤٦ و٩٥٤٨ ج ٤ ص ٦٧، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٨٢.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣٦ من أبواب مقدّمات النكاح ح ٧ و٨ ج ٢٠ ص ٨٩.

في ذلك الفساد في العقد الذي لم يتعلّق به نهي، وهو واضح.

كما أنّه على ذلك التقدير أيضاً لا يحرم خطبة المسلم على الذمّي؛ ضرورة عدم الأُخوّة بينهما، كما هو واضح، والأمر سهل.

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تزوّجت المطلّقة ثلاثاً؛ فلو شرطت في العقد﴾ على المحلّل ﴿أنّه إذا حلّلها فلا نكاح بينهما﴾ بمعنى ارتفاعه بنفسه بعد حصول ما يتحقّق به التحليل ﴿بطل العقد﴾ لأنّه ليس من حقيقة النكاح في شيء، لا من الدائم ولا من المنقطع، فإنّه نكاح منقطع بالإصابة، وليس ذلك بنكاح شرعي، وعن المبسوط: الإجماع عليه[1]، بل عنه صلى الله عليه وآله: «لعن المحلّل والمحلّل له»[2] وتسميته التيس المستعار، وإن كان الظاهر إرادة كراهة الفرد الصحيح منه، لا ما نحن فيه الذي قد عرفت فساد العقد فيه، هذا.

ج ٣٠
١٢٤

﴿و﴾ لكن ﴿ربّما قيل﴾ بصحّة العقد في الفرض، و﴿يلغو الشرط﴾ بل نسب[3] إلى الشيخ، ولم نتحقّقه.

---

(١) المبسوط: النكاح / النكاح الذي يحلّل ج ٤ ص ٢٤٧.

(٢) سنن الدارمي: ج ٢ ص ١٥٨، سنن ابن ماجة: ح ١٩٣٤ و١٩٣٥ ج ١ ص ٦٢٢، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٢٦٧، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ١ ج ٨ ص ٣٨٧، كنز العمّال: ح ٢٨٠٦٢ و٢٨٠٦٦ ج ٩ ص ٧٠٥ و٧٠٦.

(٣) كما في إيضاح الفوائد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ١٢٤.

نعم، في المسالك: «هو بابن إدريس أنسب؛ لأنّه صرّح في غير موضع من النكاح وغيره أنّ فساد الشرط لا يفسد العقد، محتجّاً عليه بعموم (أوفوا بالعقود)[١]، ولأنّهما شيئان كلّ منهما منفكّ عن الآخر، فلم يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر»[٢].

وردّه بـ«أنّ المراد من الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحّة وبطلان، سلّمنا أنّ المراد به العمل بمضمونه، لكنّه مشروط بوقوعه صحيحاً بالتراضي، ولم يحصل هنا، وانفكاك العقد عن الشرط في نفسه مسلّم، لكنّه في العقد المخصوص مرتبط به؛ لأنّ التراضي إنّما وقع كذلك»[٣].

قلت: قد عرفت في كتاب البيع[٤] تمام البحث في ذلك، إلّا أنّ الظاهر عدم التزامه بما هو نحو المقام ممّا كان الشرط فيه راجعاً إلى نقض العقد وإلى عدم قصد معنى النكاح المعتبر شرعاً.

اللّهمّ إلّا أن يقال: بعد مشروعيّة الانقطاع في النكاح لم يفسد بقصده فيه. على أنّ المقصود هنا النكاح الدائم، واشتراط ارتفاعه ممّا يؤكّد كون المراد ذلك ولكن أراد ارتفاعه بالشرط، فيبتني حينئذٍ على مسألة اقتضاء فساد الشرط فساد العقد وعدمه؛ إذ لا كلام في فساد الشرط هنا؛ لمخالفته ما دلّ من الكتاب والسنّة على عدم ارتفاع النكاح

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢ و٣) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٨ ـ ٤١٩.

(٤) في ج ٢٤ ص ٣٩٤...

إلّا بالطلاق .

ودعوى : شرعيّته[١] شرط كلّ نتيجة مشروعة بسببها ـ فيقوم هو حينئذٍ مقام كلّ سبب يقتضي ذلك من غير فرق بين النكاح والطلاق والعتق وبين غيرها ـ واضحة الفساد بعدم دليل يقتضي ذلك ، كما أوضحناه في محلّه .

﴿و﴾ على كلّ حال[٢] ، فـ﴿لو شرطت الطلاق﴾ على المحلّل مثلاً ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ الخلاف[٣] والمبسوط[٤] : ﴿يصحّ النكاح ويبطل الشرط﴾ بل لعلّه لازم لابن إدريس[٥] وغيره[٦] ممّن لا يرى بطلان العقد ببطلان الشرط ، والمراد ببطلانه عدم لزوم الوفاء به .

↑ ج ٣٠ / ١٢٥

وظاهرهم المفروغيّة من بطلان الشرط ، بل في المسالك : «أنّه متّفق عليه»[٧] . ولولا ذلك لأمكن المناقشة فيه : بأنّ مقتضى عموم «المؤمنون ...» وغيره الصحّة نحو البيع المشترط فيه الإقالة ، وليس اشتراط ذلك منافياً لقصد النكاح ، بل ولا لدوامه ، كما أنّه ليس اشتراط

---

(١) في بعض النسخ بدلها: شرعيّة.

(٢) في بعض النسخ بعدها إضافة: «فالذي يسهّل الخطب هنا ما عرفته سابقاً منّا من أنّ الأقوى اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد، فبطلان العقد حينئذٍ على المختار في الفرض متحقّق سواء قلنا بكونه من أفراد تلك المسألة أو لا».

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٠ ج ٤ ص ٣٤٣.

(٤) المبسوط: النكاح / النكاح الذي يحلّل ج ٤ ص ٢٤٧.

(٥) السرائر: النكاح / باب من يتولّى العقد ج ٢ ص ٥٧٥.

(٦) كالكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧٣١ ج ٢ ص ٢٦٩.

(٧) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٩.

ما يحصل به الفسخ اشتراطاً للفسخ حتّى يكون نحو الأوّل.

اللّهمّ إلّا أن يقال[1]: إنّ اشتراط الطلاق يرشد إلى عدم قصد النكاح الدائم، بل المنقطع لا على الوجه المعتبر فيفسد. لكنّه كما ترى.

ويمكن أن يكون نسبة ذلك إلى القيل هنا والقواعد[2] إشارة إلى ما ذكرناه من احتمال الصحّة فيهما، ويمكن أن يكون ذلك لاختيارهما اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد. وفيه: أنّه منافٍ لجزمهما بالبطلان في الأوّل دونه.

وفي كشف اللثام: «أنّ الداخل في حيّز القيل المومأ إلى تمريضه قول القائل بعد ذلك: ﴿وإن دخل[3] فلها مهر المثل﴾ باعتبار بطلان الشرط الذي له قسط من المهر؛ لأنّها إنّما رضيت به لأجل الشرط، فإذا سقط زِيد على المسمّى مقدار ما نقص لأجله، وهو مجهول، فتطرّق حينئذٍ الجهل إليه، ويبطل بذلك، فترجع إلى مهر المثل، وإلّا فالوجه أنّ العقد صحيح قولاً واحداً، فإنّ الخلاف إنّما هو فيما إذا اقترن بشرط فاسد، وقد عرفت أنّه غير لازم لا فاسد كالأوّل»[4].

قلت: قد صرّح ببطلان العقد في جامع المقاصد[5] والمسالك[6] وأنّه

---

(١) كما في كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٦.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح /خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٥٠.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: بها.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً (بتقديم وتأخير وتصرّف).

(٥) جامع المقاصد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ١٢ ص ٤٩٦.

(٦) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٩.

من مسألة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد، وهو كذلك، كما لا يخفى على من لاحظ تلك المسألة وأدلّتها التي لم يفرّق فيها بين الشرائط؛ حتّى مثل هذا الشرط الذي ثبت بطلانه بالإجماع المحكي، وإن كان مقتضى العمومات صحّته.

فظهر حينئذٍ من ذلك: أنّه لا وجه لصرف القيل إلى ما ذكره، على أنّه لا وجه للنظر في الرجوع إلى مهر المثل، اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ بطلان الشرط لا يقتضي ذلك، فإنّه ليس جزءً للمسمّى، ولو سلّم مدخليّته فلا أقلّ من أن يسلّط على الخيار في المسمّى، لا أنّه يبطله ويحقّق مهر المثل.

↑ ج ٣٠ / ١٢٦

وكيف كان، فعلى القول ببطلان العقد ببطلان الشرط يجب بالدخول مهر المثل مع جهلها بالتحريم، وإلّا فلا مهر لبغيّ.

هذا كلّه فيما إذا صرّح بالشرط في العقد سواء كان الطلاق أو ارتفاع النكاح.

﴿أمّا لو لم يصرّح بالشرط في العقد وكان ذلك﴾ أي الطلاق أو ارتفاع النكاح ﴿في نيّته أو نيّة الزوجة أو الولي، لم يفسد﴾ شيء من العقد ولا من المهر، بلا خلاف أجده فيه(١)، بل في كشف اللثام: «لعلّه

---

(١) ينظر المبسوط: (يأتي مصدره قريباً)، وقواعد الأحكام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٥٠، وجامع المقاصد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ١٢ ص ٤٩٦، وكفاية الأحكام: النكاح / مسائل متعلّقة بالعقد ج ٢ ص ١٦٢، والحدائق الناضرة: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٩٩.

موضع وفاق»[١]، بل في المسالك: «هو كذلك»[٢]، وهو الحجّة مضافاً إلى العمومات، لكنّه مكروه كما عن المبسوط[٣] والخلاف[٤].

نعم، في كشف اللثام: «لابدّ من أن يكونا استعملا النكاح في حقيقته لكنّهما يظنّان أنّه يرتفع بالتحلّل أو ينويان إيقاعه بعده، فلو أدخلاهما أو أحدهما في معنى النكاح لم يصحّ الأوّل؛ لما عرفت من خروجه عن حقيقة النكاح، وربّما احتمل الثاني الفساد على قياس ما مرّ في اشتراط الطلاق»[٥].

قلت: وكذا لو كان من نيّتهما الاشتراط على وجهٍ أوقعا العقد عليه وإن لم يذكراه في متنه، فإنّه يأتي فيه البحث في أنّ الشرط المضمر كالمذكور أو لا، ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة.

ومن ذلك يعلم: أنّ اسم الإشارة ونحوه في المتن وغيره[٦] راجع إلى الارتفاع أو الطلاق لا على جهة الاشتراط، وإن كان اللفظ قد يوهم ذلك، بل ربّما أوهمه عبارة المسالك[٧]، لكنّ التحقيق ما عرفت.

﴿و﴾ على كلّ حال، فاعلم أنّ ﴿كلّ موضع قيل﴾ فيه: ﴿يصحّ

---

(١) كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٦.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤١٩.

(٣) المبسوط: النكاح / النكاح الذي يحلّل ج ٤ ص ٢٤٨.

(٤) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢١ ج ٤ ص ٣٤٤.

(٥) كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٦) ككفاية الأحكام: النكاح / مسائل متعلّقة بالعقد ج ٢ ص ١٦٢.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

العقد، فمع الدخول﴾ الذي يحصل به التحليل ﴿تحلّ﴾ الامرأة ﴿للمطلّق﴾ الأوّل ﴿مع الفرقة وانقضاء العدّة﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ؛ لحصول الشرط .

﴿وكلّ موضع قيل﴾ فيه : ﴿يفسد﴾ العقد ﴿لا تحلّ[٢]﴾ وإن دخل بها شبهةً ﴿لأنّه لا يكفي الوطء﴾ في التحليل ﴿ما لم يكن عن عقد صحيح﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال أيضاً .

وبذلك تظهر الثمرة فيما سمعته سابقاً من القول بفساد الشرط والعقد والقول بفساد الشرط خاصّة ؛ ضرورة عدم حصول التحليل بالأوّل وإن حصل الوطء شبهةً ، بخلافه على الثاني فإنّه يحصل التحليل ؛ لكون المفروض صحّة العقد ، وهو مع الدخول كافٍ وإن فسد المسمّى كما هو واضح ، والله العالم .

↑ ج ٣٠ / ١٢٧

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿نكاح الشغار﴾ بكسر الشين وفتحها والغين المعجمتين محرّم

---

(١) ينظر المبسوط: النكاح / النكاح الذي يحلّل ج ٤ ص ٢٤٨، والجامع للشرائع: باب الطلاق ص ٤٦٧، والمختصر النافع: الطلاق / في اللواحق ص ١٩٩، وجامع المقاصد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ١٢ ص ٤٩٧، ومسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٠.

(٢) في نسخة الشرائع: «لا يحلّ» كما أُضيف فيها «له» بعدها.

(٣) ينظر الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٢ ج ٤ ص ٣٤٥، وقواعد الأحكام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٥٠، وكشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٧، والحدائق الناضرة: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٩٩.

و﴿باطل﴾ عندنا[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، بل لعلّ المحكي منهما متواتر، مضافاً إلى النبوي: «... لا شغار في الإسلام...»[٣]، وفي خبر آخر: أنّه صلى الله عليه وآله نهى عنه[٤].

فما عن أبي حنيفة وجماعة: من صحّته وبطلان المهر خاصّة[٥]، اجتهاد في مقابلة النصّ والإجماع.

والظاهر أنّ الإضافة فيه بيانيّة من باب إضافة العامّ إلى الخاصّ، قال في الصحاح: «الشغار بكسر الشين: نكاح كان في الجاهليّة، وهو أن يقول الرجل لآخر: زوّجني ابنتك أو أُختك على أن أُزوّجك أُختي أو ابنتي على أنّ صداق كلّ واحدة منهما بضع الأُخرى، كأنّهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه»[٦].

---

(١) كما في المبسوط: النكاح / نكاح الشغار ج ٤ ص ٢٤٤.

(٢) ينظر الخلاف: النكاح / مسألة ١١٨ ج ٤ ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩، وجامع المقاصد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ١٢ ص ٤٨٧، ومسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٠، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١ ص ٢١٦، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٣٣ ج ٢ ص ٢٧١.

(٣) الكافي: النكاح / باب نكاح الشغار ح ٢ ج ٥ ص ٣٦١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٨ ج ٧ ص ٣٥٥، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب عقد النكاح ح ٢ ج ٢٠ ص ٣٠٣.

(٤) كما في خبر جمهور الآتي قريباً.

(٥) المبسوط (للسرخسي): ج ٥ ص ١٠٥، عمدة القاري: ج ٢٠ ص ١٠٨، الفتاوى الهنديّة: ج ١ ص ٣٠٣، المجموع: ج ١٦ ص ٢٤٧، المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٦٨، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٥٢٩.

(٦) الصحاح: ج ٢ ص ٧٠٠ (شغر).

وإن كان تفسيره بما سمعت ـ كما عن المجمع[١] ـ جرياً على طريقة أهل الأدب في تعريف الأشياء ببعض لوازمها، بل ربّما وقع ذلك في بعض الأخبار أيضاً، كمرفوع جمهور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن نكاح الشغار وهي الممانحة، وهو أن يقول الرجل للرجل: زوّجني ابنتك حتّى أُزوّجك ابنتي على أن لا مهر بيننا»[٢].

﴿و﴾ لكن من المعلوم أنّ الشغار ليس هذا القول، بل ﴿هو أن تزوّج[٣] امرأتان برجلين على أن يكون مهر كلّ واحدة[٤] نكاح الأُخرى﴾ بمعنى العقد المشتمل على ذلك.

ج ٣٠ / ١٢٨

قال الصادق عليه السلام في خبر غياث بن إبراهيم: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته أو أُخته ويتزوّج هو ابنة المزوّج أو أُخته، ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا»[٥].

---

(١) مجمع البحرين: ج ٣ ص ٣٥١ (شغر).

(٢) الكافي: النكاح / باب نكاح الشغار ح ٣ ج ٥ ص ٣٦١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٩ ج ٧ ص ٣٥٥، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب عقد النكاح ح ٣ ج ٢٠ ص ٣٠٤.

(٣) في نسخة الشرائع: «تتزوّج».

(٤) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: منهما.

(٥) الكافي: النكاح / باب نكاح الشغار ح ٢ ج ٥ ص ٣٦١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣١ المهور ح ٨ ج ٧ ص ٣٥٥، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب عقد النكاح ح ٢ ج ٢٠ ص ٣٠٣.

بل هو المراد من قول أبي جعفر عليه السلام[١] في مرسلة ابن بكير عن أبي عبد الله أو أبي جعفر عليهما السلام: «نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهما صداق إلّا بضع صاحبتها، وقال عليه السلام: لا يحلّ أن ينكح واحدة منهما إلّا بصداق أو نكاح المسلمين»[٢].

وفي محكيّ القاموس: «الشغار بالكسر: أن تزوّج الرجل امرأة على أن يزوّجك أُخرى بغير مهر، صداق كلّ واحدة بضع الأُخرى، أو يخصّ به القرائب»[٣].

بل المحكي عن الفقهاء أجمع أنّهم يأخذون في تعريفه العقد.

وفي القواعد: «هو جعل نكاح امرأة مهر أُخرى، فيبطل نكاح الممهورة، ولو دار بطلا»[٤].

وفي كشف اللثام في تفسيرها: «(هو جعل نكاح امرأة) أي بضعها وهو الاستمتاع بها، فالنكاح بمعنى الوطء (مهر أُخرى، فيبطل نكاح الممهورة)[٥] للزوم تشريك البضع بين كونه للزوج وكونه مهراً للزوجة، مع أنّ البضع لا يصلح أن يكون مهراً، وقيل بلزوم تعليق النكاح[٦]

---

(١) كأنّ الجزم بكونه عن أبي جعفر عليه السلام لا يتلاءم مع التردّد الآتي.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١ ص ٣٦٠، و«الوسائل»: ح ١.

(٣) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٨٧ (شغر).

(٤) قواعد الأحكام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٤٩.

(٥) في المصدر بعدها إضافة: «أي الأُخرى بالنصّ والإجماع، ومن العامّة من أفسد المهر خاصّة».

(٦) جملة «وقيل...» إلى هنا ليست في المصدر.

(ولو دار) الأمر بأن يجعل بضع كلٍّ مهراً للأُخرى (بطلا) وفي أكثر الأخبار الاقتصار في تفسيره على الأخير[١] المشتمل على الدور»[٢].

وفيه: أنّه لا داعي إلى اعتبار النكاح بمعنى الوطء مهراً فيه، بل قد سمعت ما يقتضي كون الشغار جعل العقد فيه على امرأة مهراً في العقد على اُخرى.

نعم، وقع في جملة من العبارات[٣] في أثناء البحث ذكر البضع مهراً، لكن من المعلوم عدم كون المراد اعتبار ذكر نفس البضع فيه مهراً على وجهٍ يقول: «زوّجتك بنتي ببضع بنتك» والآخر كذلك؛ ضرورة منافاته لما سمعته من النصّ والفتوى ومعاقد الإجماعات بل تعليل الفساد بأنّه اشتراط عقد في عقد... وغير ذلك، بل المراد: أنّ البضع هو المهر في الواقع باعتبار كونه هو نتيجة العقد وثمرته.

ومن ذلك يعلم ما في ضابطه الذي جعله في آخر المبحث، قال: «والضابط: أنّ كلّ نكاح جعل البضع فيه مهراً أو جزءه أو شرطه فهو باطل، وإن جعل النكاح مهراً أو جزءه أو شرطه في نكاح بطل المسمّى دون النكاح، وإن جعل شرطاً في النكاح فإن علّق به بطل قطعاً، وإلّا فالظاهر فساد الشرط، ويحتمل فساد المشروط أيضاً»[٤].

↑ ج ٣٠ / ١٢٩

---

(١) في بعض النسخ: الآخر.

(٢) كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٣.

(٣) كمسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٠، والحدائق الناضرة: النكاح / لواحق العقد ج ٢٤ ص ٩٩.

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٢٦٥.

اللّهمّ إلّا أن يريد في الثاني: النكاح بمهر أو تفويض مثبت لمهر المثل، لا أنّ المراد: عدم تحقّق الشغار بقصد كون النكاح مهراً في النكاح وأنّه لا مهر بينهما إلّا هذا، وإلّا كان مخالفاً لصريح ما سمعته من النصّ وغيره.

وأمّا قوله: «مهراً أو جزء مهر أو شرطه» فقد تبع فيه الفاضل في القواعد، قال فيها: «لا فرق ـ أي في تحقّق الشغار ـ بين أن يكون البضع مهراً أو جزءه، فلو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك، ويكون بضع كلّ واحدة مع عشرة دراهم صداقاً للأُخرى بطلا»[1]. أي: إذا زوّج المخاطب بنته كذلك.

وهو ـ مع أنّه لم يذكر الشرط فيها ـ يمكن منع تحقّق الشغار بذلك؛ لما سمعته من اعتبار عدم مهر غير نكاح كلّ منهما في النصوص الثلاثة والصحاح والقاموس.

بل لم أعرف من صرّح بذلك قبله سوى ما في الإسعاد شرح الإرشاد لبعض العامّة، فإنّه قال: «ويدخل تحت قوله في المتن: (وإصداق كلٍّ بضع الأُخرى) ما إذا ضُمَّ إلى البضع مال في الجانبين أو في أحدهما؛ كأن يزوّج ابنته من آخر بشرط أن يزوّجه[2] الآخر ابنته ومهر كلّ منهما ألف وبضع الأُخرى، أو وبضع كلّ منهما مهر الأُخرى مع

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٥٠.

(٢) في بعض النسخ: يزوّج.

اشتراط ألف لأحدهما ، وأظهر القولين فيه البطلان»[١] .

وظاهره الخلاف في ذلك ، ولعلّ عدم كونه شغاراً لا يخلو من قوّة؛ لما عرفت .

بل لولا ما يظهر من الأصحاب من عدم اعتبار الدوريّة فيه لأمكن اعتبارها فيه ، فلا شغار حينئذٍ مع عدم الدور ؛ لكونه اسماً لنكاح الامرأتين على الوجه المزبور ، لا أنّه للنكاح الذي يكون المهر فيه نكاح الامرأة الأُخرى ولو بمهر غير نكاح الأُولى ؛ كي يتحقّق حينئذٍ في واحدة دون الثانية .

بل قد يقال : إنّه متى جعل النكاح مهراً لزمه العكس ؛ ضرورة كون المهر في النكاح كالعوض في غيره ، ولا ريب في أنّ معنى المعاوضة لا يتحقّق في طرف دون الآخر ، فالمراد بالشغار حينئذٍ : النكاح الذي يكون عوضه نكاح ، فيكون الدور لازماً له .

↑ ج ۳۰ / ۱۳۰

لكنّ ظاهر ما تسمعه من المصنّف وغيره المفروغيّة من ذلك ، ولعلّ مثله كافٍ في إثبات موضوع اللفظ إن كان ذلك منهم على وجه النقل ، وإلّا كان للنظر فيه مجال ، خصوصاً مع ملاحظة قاعدة الاقتصار على المتيقّن فيما خالف القواعد وما ورد من[٢] تفسيره في النصوص السابقة والصحاح والقاموس وغيرها . نعم ، قد يشعر ذيل مرسلة ابن بكير

---

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٢) في بعض النسخ بدلها: في.

بتحقّقه في طرف واحد، فتأمّل جيّداً.

وعلى كلّ حال فالمحرّم منه والفاسد ما عرفت.

﴿أمّا لو زوّج الوليّان﴾ مثلاً ﴿كلّ[1] منهما صاحبه، وشرط لكلّ واحدة مهراً معلوماً، فإنّه يصحّ﴾ قطعاً، بلا خلاف[2] ولا إشكال فيه؛ لعدم كونه من الشغار وإن كان الداعي لكلّ منهما تزويجه الآخر.

بل لو لم يذكرا مهراً صحّ النكاح أيضاً وكانتا مفوّضتين، بعد فرض عدم قصد إمهار كلّ منهما نكاح الأُخرى في متن العقد ولا في التواطؤ بناءً على أنّه كالمذكور فيه؛ لإطلاق ما سمعته في تفسيره.

﴿ولو زوّج أحدهما﴾ أو كلّ منهما ﴿الآخر﴾ تفويضاً أو بمهر معلوم ﴿وشرط أن يزوّجه الأُخرى بمهر معلوم صحّ العقدان﴾ للعمومات ﴿وبطل المهر﴾ المسمّى ﴿لأنّه شرط مع المهر تزويجاً، وهو﴾ أي التزويج ﴿غير لازم﴾ خصوصاً وقد اشترط على غير الزوجة، فلا يلزمها الوفاء، ويلزم من عدم لزومه عدم لزوم المشروط ﴿والنكاح لا يدخله الخيار﴾ فلا يجوز أن يجعل شرطاً له؛ وإلّا لزم الخيار فيه إذا لم يتحقّق الشرط، فلابدّ من أن يكون شرطاً للمسمّى، ويلزم منه أن يكون جزءاً منه، كما أنّ الأجل جزء من الثمن أو المثمن،

---

(١) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: واحد.

(٢) ينظر قواعد الأحكام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٤٩. وجامع المقاصد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ١٢ ص ٤٨٩، ومسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢١، وكشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٣.

وهو أمر مجهول، فيوجب جهل المسمّى ﴿فـ﴾يبطل، و﴿يكون لها مهر المثل﴾ كما هو الضابط في كلّ مهر فاسد.

﴿وفيه تردّد﴾: من أنّه شرط فاسد اشتمل عليه العقد فينبغي أن يفسد، ولا يجدي الضمّ إلى المهر؛ فإنّه لا يخرجه عن الاشتراط في العقد.

ج ٣٠ / ١٣١

أو أنّه لا يلزم من عدم قبول النكاح للشرط أن لا يشترطه العاقد، فينبغي التفصيل بأنّه إن شرط به النكاح بطل، وإن شرط به المهر بطل المهر دونه.

أو من أنّه شرط سائغ يمكن الوفاء به إذا كان الزوج كفءً وكان للولي قهر المولّى عليها على النكاح أو رضيت المولّى عليها، وجواز الشرط لا يوجب جواز المشروط، بل لزوم المشروط يوجب لزوم الشرط.

أو منع أنّ فساد الشرط يوجب فساد المشروط، فلا يفسد المهر إن شرط فيه، ولا النكاح إن شرط.

أو منع صحّة العقد؛ لتحقّق الشغاريّة فيه باشتراط التزويج الذي هو جزء من المهر بناءً على ما عرفت من عدم الفرق فيه بين كون التزويج مهراً أو جزء مهر أو كالجزء.

﴿وكذلك[1]﴾ الكلام فيما ﴿لو زوّجه وشرط أن ينكحه الزوج

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: وكذا.

فلانة ولم يذكر مهراً﴾ ضرورة عدم الفرق فيما سمعت بين اشتراط التزويج مع ذكر المهر وعدمه، كما هو واضح.

﴿تفريع﴾:

﴿لو قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون نكاح بنتي مهراً لبنتك، صحّ نكاح بنته﴾ التي لم يجعل نكاح بنت المخاطب مهراً لها، فلا شغار بالنسبة إليها ﴿وبطل نكاح بنت المخاطب﴾ إذا زوّجها كذلك؛ لتحقّق الشغار بالنسبة إليها.

﴿ولو قال: على أن يكون نكاح بنتك مهراً لبنتي، بطل نكاح بنته﴾ لتحقّق الشغار بالنسبة إليها ﴿وصحّ نكاح بنت المخاطب﴾ التي لم يجعل مهرها نكاح بنت القائل فلا شغار، كما هو واضح بناءً على عدم اعتبار الدوريّة في الشغار.

الذي قد عرفت المناقشة فيه، خصوصاً بعد عدم العثور عليه من قدماء الأصحاب وغيرهم من العامّة، وإنّما ذكره في الإسعاد أيضاً، قال: «لو قال: (زوّجتك ابنتي على أن تزوّجني ابنتك وبضع بنتك صداق لبنتي) وقَبِل ثمّ زوّجه، صحّ النكاح الأوّل وبطل الثاني. وإن قال: (وبضع بنتي صداق لبنتك) صحّ وبطل الأوّل بناءً على التشريك، فيبطل نكاح من جعل بضعها صداقاً؛ للتشريك فيه خاصّة»[1].

↑ ج ٣٠ / ١٣٢

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

وهو وإن كان صريحاً في تحقّق الشغار من جانب، لكنّه كأنّه مخالف لما ذكروه[١] من جعل الباطل من كان مهرها بضعاً، بل منافٍ لما ذكروه من أنّ الأقوى كون مبطل الشغار التشريك في البضع.

بل في المسالك جعل الضابط في مسألتنا ذلك، فإنّه ـ بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المتن ـ قال: «والضابط: أنّ البضع المشترك يبطل نكاحه، والبضع المنفرد يصحّ؛ عملاً بقاعدة الشغار»[٢]. مع أنّ الذي يتحقّق التشريك فيه من جعل بضعها صداقاً ـ ضرورة كونه حينئذٍ مستحقّاً للزوج بالعقد وللامرأة بالمهر ـ لا العكس فإنّه لا تشريك، ولعلّه لذا خصّه في الإسعاد بما عرفت.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ التشريك في كلّ منهما غير متحقّق إلّا بنكاح الثانية على حسب ما وقع في عقد الأُولى، وحينئذٍ يتحقّق التشريك في القسمين.

نعم، يبقى السؤال عن تخصيص الأصحاب ـ بعد القول بعدم اعتبار الدور فيه ـ هذا الفرد بالشغار دون من جعل بضعها صداقاً وتخصيص الإسعاد العكس، مع أنّ الذي ورد في تفسيره ما[٣] سمعته من النصّ وغيره قد اشتمل على جعل المهر بضعاً والبضع مهراً، فمع فرض عدم اعتبار الدور فيه يتّجه تحقّقه بكلّ منهما.

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في بعض النسخ: ممّا.

اللّهمّ إلاّ أن يقال: إنّ الأصحاب قد فهموا اختصاص الفرد الذي ذكروه من ظاهر النصوص المتقدّمة التي محطّ النظر فيها كون المهر بضعاً وإن لزم الدوريّ منه العكس أيضاً، إلاّ أنّه لا ينكر ظهورها في الأوّل، وخصوصاً مع ملاحظة الذيل في مرسل ابن بكير، فتأمّل جيّداً فإنّه ربّما دقّ.

وعلى كلّ حال، فلا شغار فيما لو قال: «زوّجتك جاريتي على أن تزوّجني بنتك وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك» وصحّ النكاحان:

أمّا نكاح الجارية: فلأنّه لم يشتمل على شغار، وإنّما اشترط فيه شرط لا يجب الوفاء به بناءً على ما عرفت، فيفسد نفس الشرط.

وأمّا نكاح البنت: فلقبول الرقبة للنقل، وهي التي جعلت مهراً، وليس نكاحها تشريكاً للمرأة والزوج فيما تناوله عقد النكاح ـ وهو البضع ـ ليكون شغاراً، فإنّ الرقبة غير البضع وإن تبعها.

↑ ج ٣٠ / ١٣٣

وبطل المهر لكلّ منهما إن زوّجه الآخر بنته على تزويج الجارية وكون الرقبة مهراً؛ لأنّه شرط نكاح إحداهما في الأُخرى، وقد عرفت أنّه ليس شرطاً للنكاح، فجعل جزء المهر نكاح البنت ومهراً لنكاح الجارية، وهو مجهول، فيجهل المهر المسمّى، فيبطل ويجب مهر المثل لكلّ منهما.

وإن كان في ذلك كلّه ما عرفت.

ولو زوّج عبده من امرأة وجعل رقبته صداقاً لها بطل المهر؛ لأنّ صحّته تؤدّي إلى فساده؛ إذ هي تقتضي ملكه، وهو يمنع العقد، فيبطل

المهر حينئذٍ ويثبت مهر المثل، ويصحّ العقد على الأقوى.

وكيف كان، فالأقوى أنّ بطلان الشغار للنهي عنه المقتضي للفساد في المعاملة، على ما حقّقناه في الأُصول.

لا لأنّه تعليق بمعنى أنّه علّق فيه التزويج على التزويج؛ ضرورة عدم اعتبار التعليق فيه في متن العقد، بل هو غير مقصود للمتعاقدين به، وإنّما قصدهما إلزام كلّ منهما الآخر بالتزويج بلا مهر غير البضع، وهو المسمّى في عرفنا الآن بالمباضعة.

ولا لأنّه اشتراط عقد في عقد؛ ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفساد، وقد سمعت تصريحهم بالصحّة في اشتراط النكاح في النكاح بمهر معلوم.

ولا لاشتراك البضع بين الامرأة المجعول في مهرها وبين الرجل الذي وقع له عقد النكاح، فأشبه نكاح الامرأة من رجلين، مضافاً إلى عدم قابليّة البضع مهراً؛ ضرورة اقتضاء ذلك كلّه فساد المهر لا العقد، ولا ملازمة بينهما في النكاح.

ومن هنا ذهب أبو حنيفة إلى صحّة نكاح الشغار والرجوع إلى مهر المثل[1].

لكن يردّه: ما سمعت من اقتضاء النهي عنه الفساد. ودعوى: رجوع النهي إلى المهر لا إلى أصل النكاح، يدفعه[2]: أنّه واقع عن

---

(١) تقدّم المصدر في أوّل هذه المسألة.

(٢) الأولى التعبير بـ«يدفعها».

الشغار، وهو اسم للنكاح المخصوص، بل لا ينكر ظهور النصوص المزبورة في إرادة النهي عنه من حيث كونه شغاراً، نحو النهي عن بيع الحصاة والملامسة[١]، وحلّيّة أصل النكاح لا ينافي[٢] ذلك.

ج ٣٠ / ١٣٤

ولعلّ هذا أولى من تعليل الفساد بما سمعت، وإن كان الذي وقفت عليه ممّن تعرّض ذلك من أصحابنا تعليله بما عرفت.

وفي المسالك[٣] وكشف اللثام[٤] اختيار التعليل فيها بالاشتراك بالبضع الذي يمكن منع حصوله في شغار المملوكتين اللتين لا يملكان[٥] المهر، بل قد يمنع فيما أثبتوه من الشغار في جانب كما في المثال الذي سمعته، فإنّه ليس فيه بضع مشترك بين الامرأة وبين الرجل.

وكأنّهم تبعوا بعض العامّة[٦] في تعليل الفساد، لكنّ الذي حكاه في شرح الإسعاد[٧] عن الإمام منهم أنّه أبطل تعليل الفساد بالاشتراك وبالتعليق، وجعل منشأ الفساد النهي كما قلناه.

ثمّ لا فرق في حرمة الشغار وفساده بين الدائم والمنقطع، بل يمكن

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب عقد البيع ح ١٣ ج ١٧ ص ٣٥٨.

(٢) الأولى التعبير بـ «لا تنافي».

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢١.

(٤) كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٣.

(٥) الأولى التعبير بـ «لا تملكان».

(٦) المجموع: ج ١٦ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨. التهذيب (للبغوي): ج ٥ ص ٤٣١.

(٧) هذا الكتاب غير متوفّر.

جريانه في التحليل بناءً على أنّه عقد، لكن ينافيه ما سمعته في تفسيره ممّا لا يشمل التحليل، ولا ريب في أنّ الأحوط اجتنابه، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿يكره العقد على القابلة إذا ربّته وبنتها﴾ للنهي عنه في:

خبر إبراهيم بن عبد الحميد: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن القابلة تقبل الرجل، أله أن يتزوّجها؟ فقال: إن كان قد قبلته المرّة والمرّتين والثلاثة فلا بأس، وإن كانت قد قبلته وكفلته فإنّي أنهى نفسي عنها وولدي»[١]. وفي خبر آخر: «وصديقي»[٢].

وخبر عمرو بن شمر[٣] عن أبي عبد الله عليه السلام[٤]: «قلت له: الرجل يتزوّج قابلته؟ قال: لا، ولا ابنتها»[٥].

وخبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: «لا يتزوّج المرأة التي قبلت ولا ابنتها»[٦].

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٣٢ ج ٧ ص ٤٥٥، الاستبصار: النكاح / باب ١١٥ تزويج القابلة ح ٤ ج ٣ ص ١٧٦، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧ ج ٢٠ ص ٥٠٢.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٣ ص ٤٥٦، و«الاستبصار»: ذيل المصدر، و«الوسائل»: ذيل المصدر.

(٣) في الكافي بعدها إضافة «عن جابر» بين معقوفتين.

(٤) في الوسائل بدلها: عن أبي جعفر عليه السلام.

(٥) الكافي: النكاح / باب نكاح القابلة ح ١ ج ٥ ص ٤٤٧، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣ ج ٢٠ ص ٥٠١.

(٦) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٣٠ ج ٧ ص ٤٥٥، الاستبصار: ←

↑ وخبر جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن القابلة أيحلّ للمولود أن ينكحها؟ قال: لا ولا ابنتها؛ هي كبعض اُمّهاته»[١]. ج٣٠/١٣٥

وخبر إبراهيم: «إذا استقبل الصبي القابلة بوجهه حرمت عليه وولدها»[٢].

المحمول على الكراهة؛ للإجماع ظاهراً على الحلّ الذي هو مقتضى الأصل، وخصوص صحيح البزنطي: «قلت للرضا عليه السلام: يتزوّج الرجل المرأة التي قبلته؟ فقال: سبحان الله، ما حرّم الله عليه من ذلك؟!»[٣]، المؤيّد بإشعار الخبر الأوّل بها.

فما في محكيّ المقنع: من التعبير بعدم الحلّيّة[٤]، واضح الضعف أو يراد منه الكراهة أيضاً.

لكنّ ظاهر المتن وصريح المسالك: اختصاص الكراهة بالمربّية[٥]؛ ولعلّه للخبر الأوّل، ولقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عمّار المسؤول عن

← النكاح / باب ١١٥ تزويج القابلة ح ٢ ج ٣ ص ١٧٦، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨ ج ٢٠ ص ٥٠٢.

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٣١ ج ٣ ص ٤١٠، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ٢٠ ص ٥٠٠.

(٢) الكافي: النكاح / باب نكاح القابلة ح ٣ ج ٥ ص ٤٤٨، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤ ج ٢٠ ص ٥٠١.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٢٩ ج ٧ ص ٤٥٥، الاستبصار: النكاح / باب ١١٥ تزويج القابلة ح ١ ج ٣ ص ١٧٦، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٦ ص ٥٠٢).

(٤) المقنع: باب النكاح ص ٣٢٦.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٤.

حلّ القابلة للمولود : «إن قبلت ومرّت فالقوابل أكثر من ذلك ، وإن قبلت وربّت حرمت عليه»[١]. إلاّ أنّ الأولى الجمع بين النصوص بشدّة الكراهة وخفّتها .

وفي شمول الكراهة للبنت وإن نزلت ولبنت الابن كذلك وجه ، كالوجه في كراهة نكاح ولدها البنت التي قبلتها ، بل قد يحتمل كراهة أُمّهات القابلة وأُختها ؛ لإطلاق المنزلة .

نعم ، الظاهر تحقّق الكراهة بالنسبة إليها أيضاً ، فيكره لها أن تتزوّجه كما يكره له أن يتزوّجها ؛ لأنّ ذلك مقتضى حرمتها عليه ، وإلاّ فلا ملازمة بين الكراهتين ، والنهي في أكثر النصوص متوجّه إليه ، كما هو واضح .

﴿و﴾ يكره أيضاً ﴿أن يزوّج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقته﴾ لخبر إسماعيل بن همام قال : «قال أبو الحسن عليه السلام : قال محمّد بن عليّ عليهما السلام : في الرجل يتزوّج المرأة ويزوّج ابنتها ابنه ، ففارقها ويتزوّجها آخر فتلد منه بنتاً ، فكره أن يتزوّجها من ولده ؛ لأنّها كانت امرأته فطلّقها فصار بمنزلة الأب ، كان قبل ذلك أباً لها»[٢].

---

(١) الكافي: النكاح / باب نكاح القابلة ذيل ح ٢ ج ٥ ص ٤٤٨، من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٣٢ ج ٣ ص ٤١٠، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ ج ٢٠ ص ٥٠١.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٢٠ ج ٧ ص ٤٥٣، الاستبصار: النكاح / باب ١١٤ الرجل يتزوّج امرأة هل... ح ٦ ج ٣ ص ١٧٥، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥ ج ٢٠ ص ٤٧٤.

وهو القرينة على إرادتها من البأس في مفهوم خبر الهلالي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يتزوّج المرأة ويزوّج ابنه ابنتها؟ قال: إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوّج بها فلا بأس»[١].

ج ٣٠ / ١٣٦

والنهي في خبره الآخر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يتزوّج المرأة ولها ابنة من غيره، أيزوّج ابنه ابنتها؟ قال: إن كانت من زوج قبل أن يتزوّجها فلا بأس، وإن كانت من زوج بعد ما تزوّجها فلا»[٢].

واحتمال: إرادة الحرمة بقرينة هذا النهي، يدفعه: العمومات، والإجماع على الظاهر، وخصوص صحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن الرجل يطلّق امرأته، ثمّ خلف عليها رجل بعدُ فولدت للآخر، فهل يحلّ ولدها من الآخر لولد الأوّل من غيرها؟ قال: نعم. وسألته عن رجل أعتق سرّيّة له، ثمّ خلف عليها رجل بعده ثمّ ولدت للآخر، هل يحلّ ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم»[٣].

بل في كشف اللثام: «لا كراهة لابنة السرّيّة من غيره على ابنه؛ للأصل من غير معارض، والصحيح المزبور»[٤].

---

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يتزوّج المرأة ح ٤ ج ٥ ص ٤٠٠، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٩ ص ٤٥٢، و«الوسائل»: ح ٤.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٩٠ ج ٣ ص ٤٣٠، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ذيل ح ٤).

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ١ ص ٣٩٩، و«التهذيب» في الهامش قبله: ح ١٦ ص ٤٥١، و«الوسائل»: ح ١ ص ٤٧٣.

(٤) كشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦١.

قلت: وخبر العقرقوفي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولداً، فوهبها لأخيه أو باعها فولدت له أولاداً، أيزوّج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟ قال: أعد عليَّ، فأعدت عليه، قال: لا بأس...»[1].

وخبر عليّ بن إدريس: «سألت الرضا عليه السلام: عن جارية كانت في ملكي فوطئتها، ثمّ خرجت من ملكي فولدت جارية، يحلّ لابني أن يتزوّجها؟ قال: نعم لا بأس به، قبل الوطء وبعد الوطء واحد»[2].

ولعلّه لذلك اقتصر المصنّف وغيره[3] على ذكر الكراهة في غيرها، لكن قد يشعر بها خبر الحسين بن خالد الصيرفي: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه المسألة، فقال: كرّرها عليَّ، قلت له: إنّه كانت لي جارية فلم ترزق منّي ولداً فبعتها، فولدت من غيري ولي ولد من غيرها، فأُزوّج ولدي من غيرها ولدها؟ قال: تزوّج ما كان لها من ولد قبلك، يقول: قبل أن تكون لك»[4].

---

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يتزوّج المرأة ح ٢ ج ٥ ص ٣٩٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٧ ج ٧ ص ٤٥٢، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ ج ٢٠ ص ٤٧٣.

(٢) الاستبصار: النكاح / باب ١١٤ الرجل يتزوّج امرأة هل... ح ٣ ج ٣ ص ١٧٤، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢١ ص ٤٥٣، و«الوسائل»: ح ٦ ص ٤٧٥.

(٣) كالعلّامة في القواعد: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٣ ص ٤٩.

(٤) الكافي: النكاح / باب الرجل يتزوّج المرأة ح ٣ ج ٥ ص ٣٩٩، تهذيب الأحكام: النكاح /باب ٤١ من الزيادات ح ١٨ ج ٧ ص ٤٥٢، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣ ج ٢٠ ص ٤٧٣.

بل منه يستفاد عدم اختصاص الكراهة في نكاح الولد بنت الزوجة، بل يكره نكاح ابنها لبنت الزوج؛ لتناول لفظ «الولد» للجميع، مضافاً إلى إشعار التنزيل منزلة الأب في خبر إسماعيل بن همام المتقدّم[1] في[2] عموم المنزلة، فيكره له أن يتزوّج بنت بنتها مثلاً لصيرورته بمنزلة الخال لها، وبنت ابنها لصيرورته بمنزلة العمّ لها.

ج ٣٠ / ١٣٧

وربّما أومأ إليه خبر محمّد بن عيسى قال: «كتبت إليه: خشف أُمّ ولد عيسى بن عليّ بن يقطين في سنة ثلاثين[3] ومائتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد، أُخبرك يا سيّدي ومولاي أنّ ابنة مولاك عيسى بن عليّ بن يقطين أملكتها من ابن عبيد بن يقطين، فبعد ما أملكتها ذكروا أنّ جدّتها أُمّ عيسى بن عليّ بن يقطين كانت لعبيد بن يقطين ثمّ صارت إلى عليّ بن يقطين فأولدها عيسى بن عليّ، فذكروا أنّ ابن عبيد قد صار عمّها من قبل جدّتها أُمّ أبيها أنّها كانت لعبيد بن يقطين، فرأيك يا سيّدي ومولاي أن تمنّ على مولاتك بتفسير منك وتخبرني هل تحلّ له؟ فإنّ مولاتك يا سيّدي في غمٍّ الله به عليم، فوقّع في هذا الموضع بين السطرين: إذا صار عمّاً لا تحلّ له، والعمّ والد وعمّ»[4].

---

(١) في ص ٢٣٩.

(٢) الأولى التعبير بـ «بـ».

(٣) كذا في الاستبصار، وفي التهذيب والوسائل بدلها: ثلاث.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ٣٤ ج ٧ ص ٤٥٦، الاستبصار: النكاح / باب ١١٤ الرجل يتزوّج امرأة هل... ح٧ ج٣ ص ١٧٥، وسائل الشيعة: باب ٢٣ ←

بناءً على أنّ المراد في السؤال كونه بمنزلة العمّ؛ باعتبار أنّ أُمّ عيسى كانت موطوءة لأبي الحسين بن عبيد الذي ملك البنت، كي يكون الجواب محمولاً على ضرب من الكراهة، لا أنّ المراد أنّها كانت أُمّاً للحسين؛ ضرورة أنّ ذلك لا ينبغي أن يسأل عنه، فإنّه عمّ لها حقيقةً؛ لأنّه أخو أبيها من أمّه، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا بأس﴾ ولا كراهة ﴿بـ﴾نكاح ابنه لـ﴿من ولدتها قبل نكاح الأب﴾ للأصل وخبري ابن الجهم المتقدّمين[1]، والتنزيل منزلة الأب إنّما هو فيمن تلده بعد نكاحه لا قبله وإن كانت هي ربيبة له أيضاً، مع احتماله؛ لأولويّة تنزيله منزلة الأب لها من المتأخّرة، ويكون التفصيل في خبري ابن الجهم لبيان شدّة الكراهة، فتأمّل، والله العالم.

﴿و﴾ يكره أيضاً ﴿أن يتزوّج بمن كانت ضرّة لأُمّه قبل أبيه﴾ بل وبعده؛ لخبر زرارة: «سمعت أبا جعفر عليه‌السلام يقول: ما أُحبّ للرجل المسلم أن يتزوّج امرأة كانت ضرّة لأُمّه مع غير أبيه»[2].

ولعلّ المصنّف فهم من المضيّ هنا التقدّم على نكاح الأب، فلذا خصّ الكراهة به، ولكنّه غير متعيّن، بل الظاهر التقدّم على التزويج.

↑ ج ٣٠ / ١٣٨

← من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧ ج ٢٠ ص ٤٧٥.

(١) في ص ٢٤٠ بعنوان «خبر الهلالي».

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٢٩ ج ٣ ص ٤٠٩، وسائل الشيعة: باب ٤٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ (مع ذيله) ج ٢٠ ص ٥٠٤ ـ ٥٠٥.

﴿و﴾ كذا يكره أيضاً التزويج ﴿بالزانية قبل أن تتوب﴾ وفاقاً للمشهور[١]؛ لإشعار لفظ «لا ينبغي» بها في صحيح أبي الصباح[٢] وغيره[٣] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «... من أُقيم عليه حدّ زنا أو شهر به لا ينبغي لأحد أن يناكحه حتّى يعرف منه التوبة».

خلافاً لأبي الصلاح: فحرّمه[٤]؛ للآية[٥] التي قد عرفت تمام الكلام فيها وفي غيرها ممّا يدلّ على ذلك فيما تقدّم[٦]، فلاحظ، والله العالم.

---

(١) كما في مسالك الأفهام: النكاح / مسائل لواحق النكاح ج ٧ ص ٤٢٥، ونهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (الكفر) ج ١ ص ٢١٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١٢ ج ٢ ص ٢٥٤، وكشف اللثام: النكاح / خاتمة الباب الثالث ج ٧ ص ٢٦٢.

(٢ و٣) الكافي: النكاح / باب الزاني والزانية ح ١ و٢ ج ٥ ص ٣٥٤، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ (مع ذيله) ج ٢٠ ص ٤٣٩.

(٤) الكافي في الفقه: فيما يحرم من النكاح ص ٢٨٦.

(٥) سورة النور: الآية ٣.

(٦) في ج ٣٠ ص ٨١٤.

﴿القسم الثاني﴾

﴿في النكاح المنقطع﴾

﴿وهو سائغ في﴾ صدر ﴿دين الإسلام﴾ باتّفاق المسلمين، وإنّما اختلفوا في بقائه ونسخه ﴿لتحقّق شرعيّته[1]﴾ في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله ﴿وعدم ما يدلّ على رفعه﴾ وإنّ المسلمين كانوا يفعلونه من غير نكير، وكذا في خلافة أبي بكر ومدّة من خلافة عمر.

نعم، هو حرّمه في المدّة الأُخرى من تلقاء نفسه بعد أن روى شرعيّته عن صاحب الشرع، فإنّه ـ فيما اشتهر عنه بين الفريقين ـ صعد المنبر وقال: «أيّها الناس، متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله أنا أنهى عنهما وأُحرّمهنّ وأُعاقب عليهنّ: متعة الحجّ ومتعة النساء»[2].

↑ ج ٣٠ / ١٣٩

وفي لفظ آخر: «ثلاث كنّ على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله أنا أنهى عنهنّ

---

(١) في نسخة المسالك: شرعه.

(٢) كنز العمّال: ح ٤٥٧١٩ و٤٥٧٢٢ ج ١٦ ص ٥١٩ و٥٢١. سنن سعيد بن منصور: ح ٨٥٢ و٨٥٣ ج ١ ص ١٢١. مسند أبيعوانة: ح ٣٣٤٩ ج ٢ ص ٣٣٨. معرفة السنن والآثار: ح ٤٤٦٥ ج ١٠ ص ١٧٩. تذكرة الحفّاظ: ج ١ ص ٣٦٦. شرح معاني الآثار (للطحاوي): ج ٢ ص ١٤٤ و١٤٦. الاستذكار: ج ٤ ص ٩٥. تفسير الرازي: ج ٥ ص ١٦٧، وج ١٠ ص ٥٠. تفسير القرطبي: ج ٢ ص ٣٩٢. شرح النهج: ج ١ ص ١٨٢.

وأُحرّمهنّ وأُعاقب عليهنّ ، وهي : متعة النساء ومتعة الحجّ ، وحيّ على خير العمل»[١].

وهو صريح في تحريمه ما روى عن رسول الله ﷺ شرعيّته ، وجعل تحريمه أولى بالاتّباع والقبول ، حيث توعّد من خالفه بالعقوبة والزجر ، بل في متعة النساء بالحدّ والرجم :

فعن صحيح مسلم عن قتادة عن أبي نضرة قال : «كان ابن عبّاس يأمر بالمتعة ، وكان ابن الزبير ينهى عنها ، فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال : تمتّعنا على عهد رسول الله ﷺ ، فلمّا قام عمر قال : إنّ الله كان يحلّ لرسول الله ﷺ ما شاء بما شاء ، وإنّ القرآن قد نزل منازله ، فأتمّوا الحجّ والعمرة لله كما أمركم الله (عزّ وجلّ) ، وأبتّوا نكاح هذه النساء ، فلن أُوتي برجل نكح امرأة إلى أجل إلّا رجمته بالحجارة»[٢].

وهذا من جملة ما طعن به أهل التشيّع ، وقد اختلف أتباعه في الجواب عنه :

فمنهم[٣] من بنى رفعه على كون النبيّ ﷺ مجتهداً في الأحكام الشرعيّة ، ويجوز لمجتهد آخر مخالفته .

وهو من السخافة كما ترى :

أمّا على أُصول الإماميّة فظاهر ؛ لقولهم بعصمة النبيّ ﷺ وأنّ ما يحكم به عن وحي إلهي لا يتطرّق إليه السهو والخطأ ، كما قال

---

(١) زاد المعاد: ج ١ ص ٤٤٤، شرح المقاصد (للتفتازاني): ج ٢ ص ٢٩٤، شرح التجريد (للقوشجي): ص ٤٠٨.

(٢) صحيح مسلم: ح ١٢١٧ ج ٢ ص ٨٨٥.

(٣) الهامش قبل السابق.

(عزّ من قائل) : «وما ينطق عن الهوى * إن هو إلّا وحي يوحى»[١] «قل ما يكون لي أن أُبدّله من تلقاء نفسي إن أتّبع إلّا ما يوحى إليّ»[٢] «قل ما كنت بدعاً من الرسل وما أدري ما يفعل بي ولا بكم إن أتّبع إلّا ما يوحى إليّ»[٣]، وحينئذٍ فلا يسوغ لأحد مخالفته، ولا اجتهاد في مقابلة قضائه وحكمه أصلاً.

وأمّا على رأي الجمهور النافين عصمة الأنبياء، فلأنّهم إنّما نفوا عصمتهم فيما ليس له تعلّق بتبليغ الأحكام الشرعيّة كتدبير الحروب واستصلاح الجيش ونصب العمّال وعزلهم... وما أشبه ذلك.

↑ ج ٣٠ / ١٤٠

وأمّا ما يتعلّق بالأحكام الشرعيّة وتبليغها فقد أوجبوا العصمة فيها؛ لأنّ الخطأ فيها منافٍ لما تقتضيه المعجزة من وجوب تصديق النبيّ صلى الله عليه وآله فيما يبلّغه عن الله تعالى.

والقول بجواز صدور الخطأ فيها عنه سهواً ـ كما يعزى إلى شذوذ ـ مباهتة بيّنة لا يلتفت إليها؛ لاقتضائه إفحام النبيّ صلى الله عليه وآله وعجزه عن تسجيل الأحكام؛ لاحتمال السهو والاشتباه وعدم اندفاعه إلّا بالعصمة.

بل قيل: «إنّ المستفاد من كلام الآمدي في الإحكام وغيره إجماع القائلين بجواز الخطأ على النبيّ صلى الله عليه وآله على أنّه لا يقرّر عليه، بل ينبّه على خطائه، فتحليله المتعة لو كان خطأً لوجب أن ينبّه عليه وأن يعدل عنه»[٤].

---

(١) سورة النجم: الآية ٣ و ٤. (٢) سورة يونس: الآية ١٥. (٣) سورة الأحقاف: الآية ٩.

(٤) المصابيح في الفقه (للطباطبائي): المناكح / أقسام النكاح (المتعة) ورقة ٢٧٥ (مخطوط).

وأيضاً فالكتاب العزيز دالّ على وجوب طاعة النبيّ صلى الله عليه وآله:

«وما أرسلنا من رسول إلّا ليطاع بإذن الله»[١].

«وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً»[٢].

«فلا وربّك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدوا في أنفسهم حرجاً ممّا قضيت ويسلّموا تسليماً»[٣].

«وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدّون عنك صدوداً»[٤].

«وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا»[٥]... إلى غير ذلك.

فإن كان وجوب هذه الطاعة لعصمة ربّانيّة تمنعه عن الخطأ والخطيئة ـ كما هو مذهب الإماميّة ـ فالأمر واضح، وإن كان لأمر آخر غير العصمة يجتمع مع انتفائها وجب القول بتحريم مخالفته في أحكامه وإن كانت صادرة عن اجتهاد.

كلّ ذلك مضافاً إلى ما يعلم من تتبّع السير وتصفّح آثار السلف اتّفاق الصحابة والتابعين على نفي الاجتهاد والرأي مع ورود النصّ عن النبيّ صلى الله عليه وآله وظهور حكمه في شيء من الوقائع والأحكام، فإنّهم كثيراً ما كانوا يختلفون في المسائل ويتناظرون فيها، ومتى أورد أحدهم نصّاً يدلّ على مقالته التزم به خصمه، ولم يقل: إنّ النبيّ صلى الله عليه وآله مجتهد فيجوز

↑ ج ٣٠ / ١٤١

(١) سورة النساء: الآية ٦٤.
(٢) سورة الأحزاب: الآية ٣٦.
(٣) سورة النساء: الآية ٦٥.
(٤) سورة النساء: الآية ٦١.
(٥) سورة الحشر: الآية ٧.

لمجتهد آخر مخالفته، أو أنّه يجوز دفع النصّ الوارد عنه بالاجتهاد ومراعاة المصالح.

بل وقع من المخالف المحرِّم للمتعة والشيخ المتقدّم عليه ما يقتضي الاعتراف بالمنع من مخالفة النصّ وعدم جواز التعلّل في ذلك بالمصالح؛ كـ:

قول أبي بكر ـ حين استأذنه أُسامة برسالة عمر بن الخطّاب في الرجوع؛ معلّلاً: بأنّ معه وجوه الناس، ولا يأمن على خليفة رسول الله ﷺ وحرمه وحرم المسلمين أن يتخطّفهم المشركون حول المدينة ـ: «لو تخطفني الكلاب والذئاب لم أردّ قضاءً قضى به رسول الله ﷺ»[1].

وقوله ـ حين سألته الأنصار برسالة عمر أيضاً أن يولّي أمرهم أقدم سنّاً من أُسامة، فوثب من مكانه وأخذ بلحية عمر ـ: «ثكلتك أُمّك يا ابن الخطّاب، استعمله رسول الله ﷺ وتأمرني أن أنزعه»[2].

وقول عمر مخاطباً للأنصار يوم السقيفة: «أيّكم يرضى أن يتقدّم قدمين قدّمهما رسول الله ﷺ، رضيك لأمر ديننا، أفلا نرضاك لأمر دنيانا؟!» حين احتجّوا على أولويّتهم بالأمر بكونهم الأنصار آووا ونصروا... إلى آخر ما احتجّوا به في ذلك اليوم[3]. وليس احتجاجه

(١ و٢) السيرة الحلبيّة: ج ٣ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، الكامل في التاريخ: ج ٢ ص ٣٣٤ ـ ٣٣٥، تاريخ دمشق: ج ٢ ص ٤٩ ـ ٥٠، كنز العمّال: ح ٣٠٢٦٨ ج ١٠ ص ٥٧٨، شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ١٧ ص ١٨٣، تاريخ الطبري: ج ٣ ص ٢٢٦.

(٣) شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ٦ ص ٣٩ و ج١٢ ص ٨٨، كنز العمّال: ح ١٤١٢٧ ج ٥ ص ٦٤٠، الكامل في التاريخ: ج ٢ ص ٣٢٥، تاريخ الطبري: ج ٣ ص ٢٠٢.

عليهم بما سمعت إلّا تقديماً للنصّ على الاجتهاد، ولو جاز الاجتهاد مع النصّ لم يصحّ له ذلك.

وقوله ـ حين قال قائل: أتؤمّر علينا هذا الشابّ الحدث ونحن جلّة قريش ـ: «دعني يا رسول الله أضرب عنقه، فقد نافق»[١].

ج ٣٠ / ١٤٢

وقوله يوم بدر ـ حين أوصى رسول الله صلى الله عليه وآله: أن لا يُقتل أحد من بني هاشم لأنّهم أُكرهوا على الخروج، فقال أبو حذيفة: أنقتل أبناءنا وإخواننا ونترك بني هاشم؟! فلو أنّي لقيت عمّ النبيّ صلى الله عليه وآله لأضربنّ خياشيمه بالسيف ـ: «دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق»[٢] ولم ينكر النبيّ صلى الله عليه وآله قوله، بل لمّا رأى إصراره على ذلك اعتذر عنه بأنّه يحبّ الله ورسوله.

وقوله لعثمان ـ إذ سأله أن يردّ الحكم بن العاص الذي نفاه النبيّ صلى الله عليه وآله عن المدينة بعد أن زبره وأغلظ له في القول ـ: «يخرجه رسول الله صلى الله عليه وآله وتأمرني أن أُدخله؟! والله لو أدخلته لم آمن أن يقول قائل: غيّر عهد رسول الله صلى الله عليه وآله، والله لأن أُشقّ باثنتين كما تشقّ الابلمة[٣] أحبّ إليّ من أن أُخالف رسول الله صلى الله عليه وآله، وإيّاك يا بن عفّان أن تعاودني فيه

---

(١) شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ١٧ ص ١٧٧ و١٩٤، الشافي (للمرتضى): ج ٤ ص ١٤٦ ـ ١٤٧، بحار الأنوار: باب نوادر الفتن ذيل ح ١١٩٨ ج ٣٤ ص ٣٧٩.

(٢) بحار الأنوار: (الهامش السابق: ص ٣٨٠)، شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ١٤ ص ١٨٣، البداية والنهاية: ج ٣ ص ٣٤٨، سيرة ابن هشام: ج ٢ ص ٤٥٨ ـ ٤٥٩، الكامل في التاريخ: ج ٢ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.

(٣) الابلمة ـ مثلّثة الهمزة ـ: الخوصة، يقال: المال بيننا شقّ الابلمة: أي على السواء. لسان العرب: ج ١ ص ٤٩٤ (بلم).

بعد اليوم»[١].

ومن ذلك أيضاً: «إنّ عمر كان يرى أنّ الدية للأقارب، وأنّ المرأة لا ترث من دية زوجها شيئاً، وكان يفتي بذلك حتّى أخبره الضحّاك بن سفيان الكلابي بأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله ورث الزوجة منها، فترك اجتهاده فيها»[٢]، وعوّل على النصّ المنقول بخبر الواحد وقال: «أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلّوا وأضلّوا كثيراً»[٣].

وبذلك ظهر أنّه لو كانت مخالفة النبيّ صلى الله عليه وآله بالاجتهاد جائزة لم يصحّ منه ما صحّ عنه من احتجاجه على الأنصار وحكمه على المخالف بالنفاق واستئماره إيّاه صلى الله عليه وآله في قتله وامتناعه من ردّ الحكم... وغير ذلك ممّا يطول استقصاؤه. بل هو صريح في أنّ مخالفته تقتضي الضلال والإضلال والكفر والنفاق، كما هو الحقّ الذي أُجري على لسانه إلزاماً له بتحريمه المتعة التي هو روى إباحة النبيّ صلى الله عليه وآله لها.

↑ ج ٣٠ / ١٤٣

ومن هنا عدل جماعة أُخرى[٤] عن الجواب بذلك إلى دعوى النسخ في زمن النبيّ صلى الله عليه وآله وأنّ نهي عمر كان عن نهيه لا من نفسه، فالمراد من

---

(١) شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ٣ ص ٣١، الشافي (للمرتضى): ج ٤ ص ٢٧٠، بحار الأنوار: (تقدّم المصدر آنفاً: ص ٣٨٢).

(٢) سنن أبي داود: ح ٢٩٢٧ ج ٣ ص ١٢٩، معرفة السنن والآثار: ح ٤٩٩٢ ج ٦ ص ٢٧٤، مسند أحمد: ج ٣ ص ٤٥٢، سنن ابن ماجة: ح ٢٦٤٢ ج ٢ ص ٨٨٣، تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٥٤٩، المصنّف (لعبد الرزّاق): ح ١٧٧٦٤ ج ٩ ص ٣٩٧.

(٣) شرح النهج (لابن أبي الحديد): ج ١٢ ص ١٠٢، جامع بيان العلم (لابن عبد البرّ): ج ٢ ص ١٣٥، كنز العمّال: ح ٢٩٤١٠ ج ١٠ ص ٢٦٩، فتح الباري: ج ١٣ ص ٢٤٥.

(٤) الحاوي الكبير: ج ٩ ص ٣٣١، المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٧٣، المحلّى: ج ٩ ص ٥١٩، عمدة القاري: ج ٢٠ ص ١١٣.

قوله: «أنا أنهى» أنّي أُبيّن أنّ الأمر تقرّر على النهي، ومن قوله: «كانتا» الكون في بعض أوقاته، محتجّين على ذلك: بالأخبار التي رووها[١]، وبأنّ عمر قد ذكر التحريم على المنبر بملأ من الصحابة والناس، ولولا معلوميّة النسخ لأنكرت عليه الصحابة، سيّما أمير المؤمنين عليه السلام الذي لا زال ينكر على اجتهاده.

وفيه أوّلاً: أنّه خلاف ظاهر الخبر المزبور.

وثانياً: أنّهم رووا في صحاحهم المشهورة ما يدلّ على عدم نسخها؛ فـ:

عن صحيحي البخاري[٢] ومسلم[٣] وتفسير الثعلبي[٤] عن عمران بن حصين قال: «نزلت آية المتعة في كتاب الله (عزّ وجلّ) ولم تنزل آية بعدها تنسخها، فأمرنا بها رسول الله صلى الله عليه وآله ولم ينهنا عنها، فقال رجل برأيه ما شاء». قال البخاري: «يقال: إنّه ـ أي الرجل المذكور ـ هو عمر»[٥]، بل قال مسلم: «يعني: عمر»[٦] ولم يقل: «يقال».

وما عن الصحيحين أيضاً عن ابن مسعود قال: «كنّا نغزو مع النبيّ صلى الله عليه وآله ليس معنا نساء، فقلنا: ألا نستحصن[٧]؟ فنهانا عن ذلك،

---

(١) مسند أحمد: ج ٣ ص ٤٠٤، سنن الدارمي: ج ٢ ص ١٤٠، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٠١.

(٢) صحيح البخاري: ج ٦ ص ٣٣.

(٣) صحيح مسلم: ح ١٢٢٦ (١٧٢) ج ٢ ص ٩٠٠.

(٤) تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦.

(٥) سقطت هذه الجملة من بعض نسخ البخاري، وهي ثابتة في نسخ أُخرى، انظره: كتاب التفسير باب ٢٣٣ ح ٩٤٧ ج ٦ ص ٣٤٨.

(٦) صحيح مسلم: ح ١٢٢٦ (١٦٦) ج ٢ ص ٨٩٨.

(٧) في المصدر: ألا نستخصي.

ثمّ رخّص لنا أن نستمتع، فكان أحدنا ينكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثمّ قرأ عبد الله: (يا أيّها الذين آمنوا لا تحرّموا طيّبات ما أحلّ الله لكم)[١]»[٢]. فإنّ قراءة الآية بعد إخباره عن حلّ المتعة صريحة في دوام الحلّ وبطلان النسخ، بل فيها تعريض بمن حرّمها.

وما عن تفسيري الثعلبي[٣] ومحمّد بن جرير الطبري[٤] وابن الأثير في نهايته[٥] عن عليّ بن أبي طالب عليه‌السلام قال: «لولا أن نهى عمر عن المتعة ما زنى إلّا شقيّ».

ج ٣٠ / ١٤٤

وفي المحكي عن صحيح مسلم عن عطاء قال: «قدم جابر بن عبد الله معتمراً فجئنا في منزله، فسأله القوم عن أشياء ثمّ ذكروا المتعة، فقال: نعم، استمتعنا على عهد رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله وأبي بكر وعمر»[٦].

وعن أبي الزبير قال: «سمعت جابر بن عبد الله يقول: كنّا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيّام على عهد رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله وأبي بكر وعمر، حتّى نهى عمر عنه في شأن عمرو بن حريث»[٧].

وعن أبي نضرة قال: «كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آتٍ، فقال: إنّ ابن عبّاس وابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلناهما مع

---

(١) سورة المائدة: الآية ٨٧.

(٢) صحيح البخاري: ج ٧ ص ٥، صحيح مسلم: ح ١٤٠٤ ج ٢ ص ١٠٢٢.

(٣) تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦.

(٤) تفسير الطبري: ج ٦ ص ٥٨٨.

(٥) الموجود في نهاية ابن الأثير ما سيأتي نقله عن ابن عبّاس، ونقله عنه الطباطبائي في مصابيحه: المناكح / أقسام النكاح (المتعة) ورقة ٢٧٥ (مخطوط).

(٦) صحيح مسلم: ح ١٤٠٥ (١٥) ج ٢ ص ١٠٢٣.

(٧) المصدر السابق: ح ١٤٠٥ (١٦).

رسول الله صلى الله عليه وآله، ثمّ نهانا عمر عنهما فلم نعد»[١].

وروى ابن الأثير في المحكي من نهايته عن ابن عبّاس قال: «ما كانت المتعة إلّا رحمة رحم الله بها أُمّة محمّد صلى الله عليه وآله ،لولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلّا شفىً[٢]»[٣].

وعن شعبة: «إنّي سألت الحكم بن عيينة عن هذه الآية (فما استمتعتم به منهنّ)[٤] منسوخة هي؟ قال: لا، ثمّ قال: قال عليّ ابن أبي طالب عليه السلام: لولا أنّ عمر نهى عن المتعة ما زنى إلّا شقيّ[٥]»[٦].

وعن صحيح الترمذي: «أنّه سأل رجل من أهل الشام ابن عمر عن متعة النساء[٧]؟ قال: حلال، فقال: إنّ أباك قد نهى عنها! فقال: أرأيت إن كان أبي قد نهى عنها وسنّها رسول الله صلى الله عليه وآله نترك السنّة ونتّبع أبي؟!»[٨].

إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على عدم النسخ التي هي أولى من الدالّة عليه بالموافقة للأصل، وبأنّها متّفق عليها عند المخالف والمؤالف، بخلاف أخبار النسخ التي تفرّد بها الأوّل.

وقد تضمّنت الأخبار المزبورة الإنكار على المحرِّم من عليّ عليه السلام

---

(١) الهامش قبل السابق: ح ١٤٠٥ (١٧).

(٢) الشفى: القليل. النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٤٨٨.

(٣) النهاية: ج ٢ ص ٤٨٨ (شفا).

(٤) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٥) في بعض النسخ بدلها: شفىً».

(٦) تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦، نواسخ القرآن (لابن الجوزي): ص ١٢٤ ـ ١٢٥.

(٧) في المصدر: عن التمتّع بالعمرة إلى الحج.

(٨) سنن الترمذي: ح ٨٢٤ ج ٣ ص ١٨٥.

وابن عبّاس وابن مسعود وجابر وغيرهم، ولا فرق في ذلك بين وقوعه في عصره أو فيما بعده، فإنّ الإنكار المتأخّر كاشف عن كون السكوت السابق لمصلحة لا رضا، وإلّا لما تعقّبه الإنكار.

↑ ج ٣٠ / ١٤٥

وعن ابن أبي‌الحديد أنّه روى عن محمّد بن جرير الطبري قال: «روى عبد الرحمن بن أبي زيد عن عمران بن سوادة[١] الليثي أنّه قال لعمر: عابت رعيّتك عليك أربعاً، قال: فوضع عود الدرّة ثمّ ذقن عليها، وقال: هات ـ إلى أن قال: ـ ذكروا أنّك حرّمت متعة النساء وقد كانت رخصة من الله يستمتع بقبضة ويفارق من ثلاث؟! قال: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أحلّها في زمان ضرورة ورجع الناس إلى السعة، ثمّ لم أجد أحداً من المسلمين عاد إليها ولا عمل بها؛ لأنّ من شاء نكح بقبضة وفارق عن طلاق بثلاث[٢]...»[٣] الحديث.

وهو صريح في وقوع النكير عليه من الصحابة في عصره وفي الاعتراف بمخالفة النبيّ صلى الله عليه وآله، فالاعتذار عنه بالنسخ تحكّم من غير تراضي الخصمين، على أنّ الإمساك عن النكير إنّما يدلّ على الرضا مع فقد الأسباب المقتضية له غير الرضا، وهو هنا ممنوع؛ لاحتمال مخافة الفتك بهم، كما هو المعلوم من حاله وفضاضته وغلظته لما له من الشأن في تحريمها.

---

(١) في المصدر: سودة.

(٢) في المصدر: عن ثلاث بطلاق.

(٣) شرح النهج: ج ١٢ ص ١٢١.

كلّ ذلك مضافاً إلى ما عرفته من صراحة عبارته في دوام الحكم وعدم النسخ ، وأنّ التحريم إنّما كان من قبله لا عن النبيّ صلى الله عليه وآله ، ولم يذكر هو ـ في ذلك المقام ولا غيره ـ النسخ ، بل حكي عنه الاعتذار بما سمعت ، ولو أنّ النسخ ثابت ـ كما ادّعاه المجيب ـ لأشار إليه ؛ ليكون أدخل في الكفّ عنها ، وأقطع لألسن الطاعنين عليه والمتتبّعين[١] لعثراته ؛ حتّى استمرّ الطعن عليه بذلك مدى الأعصار ، مثبتاً في الصحف ومحفوظاً في الصدور ، تتناقله الرواة والنقلة خلفاً عن سلف .

وأيضاً فإنّه قد قرن تحريم المتعتين بلفظ واحد ، ولم يدّع أحد منهم النسخ في متعة الحجّ ، بل صرّحوا فيها بدوام الحكم ، بل عن بعضهم دعوى الإجماع على الجواز[٢] . وحينئذٍ فحمل الكلام على ظاهره ـ من إسناد التحريم إلى نفسه فيهما ـ متعيّن ، وإلّا فحمله على النسخ في خصوص متعة النساء بعيد جدّاً ، بل مقطوع بفساده .

↑ ج ٣٠ / ١٤٦

على أنّ الأخبار التي رووها في النسخ متناقضة على وجهٍ يعلم منه أنّها موضوعة ؛ فإنّهم رووا : أنّها اُبيحت عام الفتح وأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله لم يخرج من مكّة حتّى حرّمها[٣] ، وأنّها اُبيحت عام أوطاس ثلاثة أيّام

---

(١) في بعض النسخ بدلها: والمستتبعين.

(٢) المغني (لابن قدامة): ج ٣ ص ٢٣٧، الشرح الكبير: ج ٣ ص ٢٣٧، المحلّى: ج ٧ ص ١٠٧، عمدة القاري: ج ٩ ص ١٩٨، التمهيد: ج ١٣ ص ٩٦.

(٣) مسند أحمد: ج ٣ ص ٤٠٥، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٢٦٤، معرفة السنن والآثار: ح ٤٢٣٥ ج ٥ ص ٣٤٣.

أو يوماً أو ليلة[١]، وأنّها أُبيحت في حجّة الوداع ثمّ نهى النبيّ ﷺ عنها[٢]، وأنّها أُبيحت أوّل الإسلام حتّى نزلت «إلاّ على أزواجهم...»[٣] الآية[٤]، وأنّها نسخت يوم خيبر ويوم تبوك[٥]، وأين حجّة الوداع والفتح وخيبر وتبوك عن أوّل الإسلام؟! كما أنّه أين هو وأين عام أوطاس؟!

على أنّ هذه الآية تكرّرت في سورتين سورة المعارج والمؤمنون وهما مكّيّان كما ذكره المفسّرون[٦]، فكيف ينسخ بها ما حكمه مدنيّ؟! وقد التجأوا[٧] في رفع هذا الاختلاف إلى القول بتكرّر التحريم والإباحة، وليس هو كذلك.

ولكن لمّا لم يكن لدعوى النسخ أصل، وإنّما أرادوا بافترائه رفع

---

(١) سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٠٤، معرفة السنن والآثار: ح ٤٢٣٦ ج ٥ ص ٣٤٤، شرح مسلم (للنووي): ج ٩ ص ١٨٠، تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٤٩٨.

(٢) سنن ابن ماجة: ح ١٩٦٢ ج ١ ص ٦٣١، كنز العمّال: ح ٤٥٧٣٩ ج ١٦ ص ٥٢٥، الاستذكار: ج ٥ ص ٥٠٤.

(٣) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٤) سنن الترمذي: ح ١١٢٢ ج ٣ ص ٤٣٠، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(٥) معرفة السنن والآثار: ح ٤٢٣٣ ج ٥ ص ٣٤١، فتح الباري: ج ٩ ص ١٤٤ ـ ١٤٥، الاستذكار: ج ٥ ص ٥٠٣، التمهيد: ج ١٠ ص ١٠٠...

(٦) تفسير التبيان: ج ٧ ص ٣٤٧ وج ١٠ ص ١١٢، تفسير جوامع الجامع: ج ٢ ص ٥٧٥ وج ٣ ص ٦٣١، تفسير الكشّاف: ج ٣ ص ١٧٤ وج ٤ ص ٦٠٨، تفسير الثعلبي: ج ٧ ص ٣٧ و ج ١٠ ص ٣٤، تفسير البغوي: ج ٤ ص ٣٩١.

(٧) عمدة القاري: ج ١٧ ص ٢٤٧، تفسير القرطبي: ج ٥ ص ١٣٠ ـ ١٣١، أحكام القرآن (لابن العربي): ج ١ ص ٤٩٩، شرح مسلم (للنووي): ج ٩ ص ١٨١.

الطعن، وقد توارد خاطر جماعة منهم على ذلك، فوضع كلّ منهم من غير أن يعلم بالآخر، فحصل ما حصل ممّا يعلم به الزور في الأخبار والشهادة عند تفريق الشهود، كما هو المعروف في قصّة دانيال[١].

كلّ ذلك مضافاً إلى دلالة الآية على مشروعيّتها، فإنّها ـ كما عن أكثر المفسّرين من العامّة[٢] فضلاً عن الخاصّة[٣] ـ نزلت فيه.

بل قد يؤيّد ذلك: لفظ «الاستمتاع» بناءً على أنّه حقيقة في المنقطع وإن كان في اللغة[٤] موضوعاً للانتفاع والالتذاذ، بل لو لم نقل بثبوت الحقيقة الشرعيّة فيه أمكن القول بتعيين الحمل عليه؛ لتعذّر إرادة اللغويّة منه باعتبار تعليق الأجر عليه، ومن المعلوم عدم دورانه مداره.

↑ ج ٣٠ / ١٤٧

كما أنّه يؤيّده أيضاً: ما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام وعبد الله بن عبّاس وعبد الله بن مسعود وأُبيّ بن كعب ومجاهد وعطاء وجماعة كثيرة من الصحابة والتابعين من أنّهم كانوا يقرأون «فما استمتعتم به منهنّ إلى أجل مسمّى»[٥].

---

(١) الكافي: القضاء / باب النوادر ح ٩ ج ٧ ص ٤٢٥، وأشار إلى الخبر في وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١ ج ٢٧ ص ٢٧٧.

(٢) تفسير القرطبي: ج ٥ ص ١٣٠، العجاب (لابن حجر): ج ٢ ص ٨٥٨، تفسير الكشّاف: ج ١ ص ٤٩٨، تفسير مقاتل: ج ١ ص ٢٢٤، تفسير ابن أبي حاتم: ج ٣ ص ٩١٩، تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦.

(٣) تفسير التبيان: ج ٣ ص ١٦٥، تفسير جوامع الجامع: ج ١ ص ٣٨٨، فقه القرآن (للراوندي): ج ٢ ص ١٠٤.

(٤) النهاية (لابن الأثير): ج ٤ ص ٢٩٢ (متع)، مجمع البحرين: ج ٤ ص ٣٩٠ (متع).

(٥) تفسير التبيان: ج ٣ ص ١٦٦، تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦، تفسير البحر المحيط: ج ٣ ←

بل قد يؤيّد أيضاً: بظهور لفظ الأجر في العوض للمؤجّل، فإنّه يسمّى في النكاح الدائم صداقاً ونحلاً وفرضاً، وإطلاقه عليه في مطلق النكاح في قوله تعالى: «لا جناح عليكم أن تنكحوهنّ إذا آتيتموهنّ أُجورهنّ»[1] وقوله تعالى: «فانكحوهنّ بإذن أهلهنّ وآتوهنّ أُجورهنّ»[2] لا ينافي الظهور الكافي في المطلوب.

وقد يؤيّد أيضاً: بقوله تعالى فيها: «ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة»[3]؛ فإنّ المعنى ـ على ما ذكره الأصحاب[4] ـ أن تزيدها في الأجر وتزيدك في الأجل.

وقد يناقش: باحتمال إرادة رفع الجناح عمّا تراضيا عليه من الإبراء كلّاً أو بعضاً والاعتياض عليه ونحو ذلك.

ويدفع: بأنّ الحمل على الأوّل يقتضي دلالة الآية على ما لا يستفاد من غيرها، بخلاف الثاني، فإنّه معلوم بالضرورة من العقل والنقل غير الآية، والتأسيس خير من التأكيد. لكنّه كما ترى.

وإلى الأخبار المتواترة من طرقنا[5]، بل لعلّها كذلك من

← ص ٢٢٥، تفسير ابن كثير: ج ١ ص ٤٣٠، تفسير الآلوسي: ج ٥ ص ٥، جامع الخلاف والوفاق: ص ٤٥٨.

(١) سورة الممتحنة: الآية ١٠.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٥.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٤) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧١، مجمع البيان: ذيل الآية ٢٤ من سورة النساء ج ٣ ص ٥٣، كنز العرفان: ذيل الآية الخامسة من النوع الأوّل ج ٢ ص ١٤٧.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ وما بعده من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٥ فما بعدها.

طرقهم[١]، وقد سمعت كلام ابن المحرِّم، بل المحرِّم نفسه قد روى ذلك.

ومن طريف ذلك ما حكى الراغب في محاضراته: «أنّ يحيى بن أكثم القاضي قال لشيخ بالبصرة كان يتمتّع: عمّن أخذت المتعة؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف وهو أشدّ الناس نهياً عنها؟! فقال: إنّ الخبر الصحيح جاء عنه أنّه صعد المنبر وقال: إنّ الله ورسوله أحلّ لكم متعتين وأنا أُحرّمهما وأُعاقب عليهما، فقبلنا شهادته وروايته عن رسول الله صلى الله عليه وآله، ولم نقبل تحريمه لها من قبل نفسه»[٢].

↑ ج ٣٠ / ١٤٨

وإلى الإجماع: أمّا من الطائفة المحقّة فهو واضح، بل هو من ضروريّات مذهبهم، وأمّا من غيرهم فلاتّفاق الصحابة ومن كان في صدر الإسلام على إباحتها وشرعيّتها من غير نكير، كما يظهر من أخبار جابر وغيرها، حتّى ما روي عن المحرِّم نفسه، فإنّه يدلّ على أنّ الحكم بالحلّ كان شائعاً معروفاً في زمان النبيّ صلى الله عليه وآله ومدّة خلافة أبي بكر وبرهة من خلافته، فالقول بالتحريم بعد ذلك مخالف لإجماع الأُمّة التي لا تجتمع على ضلالة.

احتجّوا[٣] بقوله تعالى: «إلّا على أزواجهم...»[٤] الآية، والمتعة ليس ملك يمين ولا زوجة؛ لأنّها لا ترث ولا تورث، ولأنّها تبين بغير طلاق ولا لعان ولا ظهار ولا إيلاء ولا نفقة ولا قسم، وانتفاء لوازم

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى العديد منها.

(٢) محاضرات الأدباء (للراغب): الحدّ الخامس عشر ج ٣ ص ٤٢٠.

(٣) تفسير الرازي: ج ١٠ ص ٥٠ فما بعدها.

(٤) سورة المؤمنون: الآية ٦.

الزوجيّة عنها تقتضي[1] انتفاء الملزوم، فإذا لم تكن زوجة ولا ملك يمين كانت من العدوان المحرّم بمقتضى الآية[2].

وفيه أوّلاً: أنّ دلالة الآية بطريق العموم، الذي لا ينافي التخصيص بدليل.

وثانياً: منع لزوم الأُمور المزبورة للزوجة؛ لانتفاء الإرث في الذمّيّة والقاتلة والأمة، وحصول الإبانة بغير الطلاق في الملاعنة والمرتدّة والأمة المبيعة، وسقوط النفقة بالنشوز، وعدم اللعان والظهار والإيلاء فلاشتراطها بالدوام لا الزوجيّة، ولو فرض ما يدلّ على وقوعها بالزوجة وجب تخصيصه بالدائمة جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم لحوقها بالمتعة.

واحتجّوا[3] أيضاً: بالأخبار الدالّة على تحريمها ونسخها.

وفيه: أنّها معارضة بالأخبار الكثيرة الدالّة على حلّيّتها واستمرار الحكم بها في عهد الرسالة وما بعد ذلك إلى أن حرّمها عمر، والترجيح لهذه الأخبار لكثرتها واتّفاق الفريقين عليها، بخلاف روايات التحريم، فإنّ المخالفين انفردوا بها ولم يرد من طريق الإماميّة ما يقتضي التحريم. مع اشتهار الحكم به بين أهل الخلاف، وكثرة اختلاف الروايات من جهتهم، واعتضادها بظاهر الكتاب وإجماع

↑ ج ٣٠ / ١٤٩

---

(١) الأولى التعبير بـ«يقتضي».

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٦ و٧.

(٣) تفسير الرازي: ج ١٠ ص ٥٠ فما بعدها.

المسلمين في الجملة، والأصل دوام الحكم وانتفاء النسخ حتّى يعلم خلافه.

مضافاً إلى ما عرفته من ظهور الوضع على روايات التحريم، الذي منه أيضاً: أنّهم رووا ذلك عن عليّ عن رسول الله صلى الله عليه وآله، مع أنّ مذهب عليّ عليه السلام في ذلك معلوم، وقد نقله جماعة من رواتهم، وأنّه عليه السلام كان يقول: «لولا نهي عمر عن المتعة ما زنى إلّا شقيّ»(١).

واحتجّوا(٢) أيضاً: بالإجماع على تحريمها، فإنّ الصحابة قد اتّفقوا عليه بعد نهي عمر عنه، ولم يخالف فيه إلّا ابن عبّاس، وقد نقل عنه الرجوع إليه في آخر عمره(٣).

وفيه: منع الإجماع، وكفى بذلك اتّفاق أهل البيت ـ الذين هم أساطين الإسلام ـ على خلافه واتّفاق شيعتهم على ذلك، حتّى صار من ضروريّات مذهبهم يعرفه كلّ أحد منهم، فدعوى الإجماع مجازفة بيّنة لا تصدر إلّا عن معاند متصلّف.

وأيضاً فالقول عليها منقول عن أعاظم الصحابة والتابعين؛ كابن عبّاس وابن مسعود وأُبيّ بن كعب وجابر وأبي سعيد الخدري وسلمة بن الأكوع والمغيرة بن شعبة ومجاهد وعطاء بن أبي رباح

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى العديد من مصادره آنفاً.

(٢) ينظر فتح الباري: ج ٩ ص ١٥٠، وتفسير البغوي: ج ١ ص ٤١٤، وتفسير القرطبي: ج ٣ ص ١٣٠.

(٣) أحكام القرآن (للجصّاص): ج ١ ص ٥٦٤، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٠٥، السيرة الحلبيّة: ج ٣ ص ٥٨، تفسير القرطبي: ج ٣ ص ١٣٠.

وطاووس وأبي الزهري مطرف[١] ومحمّد بن سدى[٢]، وعن مسلم في صحيحه[٣] وأبي الحسين بن عليّ بن زيد[٤] في كتاب الاُلفة[٥] أنّهما زادا في الصحابة: معاوية بن أبي سفيان وعبد الله بن عمر بن الخطّاب وعمر ابن جويدة[٦] وربيعة بن اُميّة وسلمة بن اُميّة وصفوان بن اُميّة ومعلّى بن اُميّة[٧] والبراء بن عازب وربيع بن ميسرة وسهل بن سعد الساعدي، كما عن أبي الحسن عليّ بن الحسين الحافظ في كتاب سير العباد الزيادة في التابعين: الحسن البصري وإبراهيم النخعي وسعيد بن حبيب[٨] وابن جريح وعمر بن دينار[٩]، ونقل عن مالك وابن شبرمة من الفقهاء الميل إليها[١٠]. وما ذكر من رجوع ابن عبّاس عن ذلك غير ثابت، ولو صحّ لم يلزم منه الإجماع على التحريم إلّا مع العلم بانتفاء

↑ ج ٣٠ / ١٥٠

(١) ضبطت في خلاصة الإيجاز بـ «أبو الزبير بن مطرف».

(٢) ضبطت في خلاصة الإيجاز بـ «محمّد بن سري».

(٣) صحيح مسلم: ج ٢ ص ١٠٢٢.

(٤) ضبط الاسم في المسائل الصاغانيّة وخلاصة الإيجاز بـ «أبو علي الحسين بن علي بن يزيد».

(٥) ضبط اسم الكتاب في المسائل الصاغانيّة وخلاصة الإيجاز بـ «كتاب الأقضية». وقد نقل كلامه في هذين الكتابين.

(٦ و٧) ضُبط الاسمان في خلاصة الإيجاز بـ «عمرو بن حريث» و«يعلى بن اُميّة».

(٨ و٩) ضُبط الاسمان في المسائل الصاغانيّة وخلاصة الإيجاز بـ «سعيد بن جبير» و«عمرو ابن دينار».

(١٠) انظر في ذلك كلّه كتاب المحبّر: ص ٢٨٩، وما نقله عن كتابي «الأقضية» و«سير العباد» في المسائل الصاغانيّة (للمفيد): ص ٣٦ ـ ٣٧، وخلاصة الإيجاز: ص ٢٠ ـ ٢١، والمحلّى: ج ٩ ص ٥١٩ ـ ٥٢٠.

الخلاف، وقد عرفت بطلانه.

وقد ظهر لك من ذلك كلّه: أنّه لا إشكال في إباحتها، بل لا يبعد استحبابها مؤكّداً، بمعنى رجحانها من حيث خصوصيّتها؛ لكونها من شعار الإيمان وعلامات المؤمن، ولما فيها من الردّ على من نهى عنها وحرّمها، فإنّ المباح يصير مندوباً بتحريم أصحاب البدع، كما يصير بإيجابهم إيّاه مكروهاً قمعاً لآثار البدعة؛ فـ:

في خبر بشير[1] بن حمزة عن رجل من قريش قال: «بعثت إليّ ابنة عمّ لي كان لها مال كثير: قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أُزوّجهم نفسي، وما بعثت إليك رغبةً في الرجال، غير أنّه بلغني أنّ المتعة أحلّها الله (عزّ وجلّ) في كتابه، وبيّنها رسول الله صلى الله عليه وآله في سنّته، فحرّمها زفر، فأحببت أن أُطيع الله (عزّ وجلّ) فوق عرشه وأُطيع رسوله وأعصي زفر، فتزوّجني متعةً، فقلت: حتّى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فأستشيره، قال: فدخلت عليه فخبّرته، فقال: افعل، صلّى الله عليكما من زوج»[2].

وعنه عليه السلام أيضاً أنّه قال لرجل سأله: «هل في المتعة ثواب؟ فقال: إن كان يريد بذلك وجه الله وخلافاً على من أنكرها لم يكلّمها كلمة إلّا كتب الله له بها حسنة، فإذا دنا منها غفر الله له بذلك، فإذا اغتسل غفر الله

---

(١) في الوسائل: بشر.

(٢) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ١ ج ٥ ص ٤٦٥، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب المتعة ح ٩ ج ٢١ ص ١٤.

له بقدر ما مرّ من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر؟ قال : نعم بعدد الشعر»[١].

وفي المرسل عنه عليه‌السلام أيضاً : «إنّ النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله لمّا أُسري به إلى السماء قال : لحقني جبرئيل فقال : يا محمّد ، إنّ الله تعالى يقول : إنّي قد غفرت للمتمتّعين من اُمّتك من النساء»[٢].

وفي آخر : «ما من رجل تمتّع ثمّ اغتسل إلّا خلق الله من كلّ قطرة تقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة ، ويلعنون مجتنبها إلى أن تقوم الساعة»[٣].

وقال أبو الحسن عليه‌السلام لرجل ذكر له أنّه عاهد الله أن لا يتمتّع : «عاهدت الله لا تطيعه؟! والله لئن لم تطعه لتعصينّه»[٤].

↑ ج ٣٠ / ١٥١

إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على رجحانها .

بل في بعضها : «... ما أُحبّ للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتّى يتزوّج المتعة ولو مرّة في بعض عمره[٥]»[٦]. «إنّي لأكره للرجل المسلم

---

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦٠٠ ج ٣ ص ٤٦٣، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٣ ص ١٣).

(٢) انظر «الفقيه» في الهامش السابق: ح ٤٦٠١، و«الوسائل» في الهامش قبله: ح ٤ ص ١٣.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب المتعة ح ١٥ ج ٢١ ص ١٦.

(٤) الكافي: النكاح / أبواب المتعة ح ٧ ج ٥ ص ٤٥٠. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٨ ج ٧ ص ٢٥١. وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ١٦.

(٥) «في بعض عمره» ليست في المصدر.

(٦) وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب المتعة ح ١٠ ج ٢١ ص ١٥.

أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلّة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يصنعها، فقلت: فهل تمتّع رسول الله صلى الله عليه وآله؟ فقال: نعم، وقرأ هذه الآية: (وإذ أسرّ النبيّ إلى بعض أزواجه...)[1]»[2] الآية.

ولا ينافي ذلك حسن عليّ بن يقطين: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعة؟ فقال: وما أنت وذاك وقد أغناك الله عنها؟!...»[3] الحديث.

وخبر الفتح بن يزيد: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة؟ فقال: هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج، فليستعفف بالمتعة، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها»[4].

وخبر محمّد بن الحسن بن ميمون[5]: «كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه: لا تلحّوا على المتعة فإنّما عليكم إقامة السنّة، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم وحرائركم؛ فيكفرن ويبرأن ويدعون على الآمر بذلك ويلعنون»[6].

---

(١) سورة التحريم: الآية ٣.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦٠٢ و٤٦١٥ ج ٣ ص ٤٦٣ و٤٦٦، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب المتعة ح ١ و٢ ج ٢١ ص ١٢ و١٣.

(٣) الكافي: النكاح / باب أنّه يجب أن يكفّ... ح ١ ج ٥ ص ٤٥٢، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٢٢.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٢.

(٥) في المصدر بدلها: شمّون.

(٦) الكافي: النكاح / باب أنّه يجب أن يكفّ... ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٣، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٢٣.

وخبر المفضّل بن عمر: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المتعة: دعوها، أما يستحيي أحدكم أن يرى في موضع العورة فيحمل ذلك على صالحي إخوانه وأصحابه؟!»(١).

بعد تسليم المكافأة؛ لاحتمال الحمل على ما إذا اقتضى التمتّع فساد النساء المعقود عليهنّ دائماً كما أومأ إليه الخبر المزبور، أو اقتضى الشين أو لحوق العار باتّهامه بفعل المحرّم كما ينبّه عليه خبر المفضّل، وهذا لا يقدح في أصل الاستحباب المراد منه مع قطع النظر عن العوارض.

أو التقيّة خصوصاً من أبي الحسن عليه السلام المروي عنه أكثر هذه الأخبار، وربّما يومئ إلى ذلك خبر حمّاد(٢) قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام ولسلمان(٣) بن خالد: قد حرّمت عليكما المتعة من قبلي ما دمتما بالمدينة؛ لأنّكما تكثران الدخول عليّ، وأخاف أن تؤخذا فيقال: هؤلاء أصحاب جعفر»(٤).

↑ ج ٣٠ / ١٥٢

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿النظر فيه يستدعي بيان أركانه﴾ التي تدخل في مفهومه في عرف المتشرّعة ﴿وأحكامه﴾:

﴿و(٥) أركانه أربعة﴾

بجعل المتعاقدين واحداً؛ لكونهما معاً فاعلاً واحداً للعقد، ضرورة

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٢٢.

(٢ و٣) في المصدر بدلهما: عمّار... ولسليمان.

(٤) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ١٠ ج ٥ ص ٤٦٧، وسائل الشيعة: باب ٥ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٢٣.

(٥) في نسخة الشرائع: فـ.

شمول العاقد لهما شمول الكلّ لأجزائه، وهي: ﴿الصيغة والمحلّ والأجل والمهر﴾.

﴿أمّا الصيغة: فهي اللفظ الذي وضعه الشرع﴾ وعيّنه ﴿وصلةً إلى انعقاده﴾ كغيره من العقود اللازمة ﴿وهو﴾ أي اللفظ المزبور ﴿إيجاب وقبول﴾ فلا يحصل بدون ذلك قطعاً، بل إجماعاً بقسميه[١]، ونصوصاً[٢].

نعم، ربّما ظهر من الكاشاني[٣] وبعض الظاهريّة من أصحابنا[٤] الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين ووقوع اللفظ الدالّ على النكاح والإنكاح؛ لخبر نوح بن شعيب عن عليّ عن عمّه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى عمر فقالت: إنّي زنيت فطهّرني، فأمر بها أن ترجم، فاُخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال: كيف زنيت؟ قالت: مررت في البادية فأصابني عطش شديد، فاستقيت أعرابيّاً، فأبى أن يسقيني إلّا أن اُمكّنه من نفسي... فقال أمير المؤمنين عليه السلام: تزويج

---

(١) نقل الإجماع في الناصريّات: مسألة ١٥٢ ص ٣٢٥.

وينظر المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٠ ـ ٢٤١، والجامع للشرائع: النكاح / أحكام المتعة ص ٤٥٠، وتحرير الأحكام: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٠، وكفاية الأحكام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ١٦٣.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٨ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٤٣.

(٣) تأتي عبارته قريباً.

(٤) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٢٤.

وربّ الكعبة»[١].

قال في الوافي: «إنّما كان تزويجاً لحصول الرضا من الطرفين، ووقوع اللفظ الدالّ على النكاح والإنكاح فيه، وذكر المهر وتعيينه، والمرّة المستفادة من الإطلاق القائمة مقام ذكر الأجل»[٢].

وهو كما ترى؛ ضرورة اعتبار اللفظ المقصود به إنشاء ذلك، والفرض خلوّ هذا المذكور منه، فلابدّ حينئذٍ من حمله على إرادة كونه بحكم التزويج باعتبار اضطرارها، كما يومئ إليه رواية الخبر المزبور بطريق آخر، قال فيه: «... إنّه لمّا بلغ منّي ـ أي العطش ـ أتيته فسقاني ووقع عليَّ، فقال عليّ عليه السلام: هذه التي قال الله: (فمن اضطرّ غير باغٍ ولا عادٍ)[٣] وهذه غير باغية ولا عادية، فخلّى عمر سبيلها، وقال: لولا عليّ لهلك عمر»[٤].

↑ ج ٣٠ / ١٥٣

إنّما الكلام: في الاجتزاء بكلّ لفظ دالّ على ذلك صريحاً بنفسه أو بالقرينة على حسب المتعارف في الخطابات، أو اعتبار لفظ مخصوص صريح بنفسه؟ ظاهر قول المصنّف وغيره[٥]: ﴿وألفاظ الإيجاب

---

(١) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ٨ ج ٥ ص ٤٦٧، وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب المتعة ح ٨ ج ٢١ ص ٥٠.

(٢) الوافي: النكاح / باب ٥٤ ذيل ح ١١ ج ٢١ ص ٣٤٢.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٣، سورة الأنعام: الآية ١٤٥، سورة النحل: الآية ١١٥.

(٤) تهذيب الأحكام: الحدود / باب ١ حدود الزنا ح ١٨٦ ج ١٠ ص ٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب حد الزنا ح ٧ ج ٢٨ ص ١١١.

(٥) كالعلّامة في التحرير: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٠، والشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الرابع ج ٥ ص ٢٨٤.

ثلاثة[١]: زوّجتك ومتّعتك وأنكحتك، أيّها[٢] حصل وقع الإيجاب به، ولا ينعقد بغيرها كلفظ التمليك والهبة والإجارة﴾ الثاني، بل حكى غير واحد الشهرة عليه[٣]، كما أنّه حكاها على عدم انعقاد العقد اللازم بالمجاز[٤]، من غير فرق بين القريب منه والبعيد؛ اقتصاراً فيما خالف أصل عدم الانتقال ونحوه على المتيقّن.

ولكن قد عرفت المناقشة فيه في كتاب البيع[٥] وفي عقد النكاح[٦]، فإنّه قد أشبعنا الكلام في ذلك في المقامين، فلاحظ وتأمّل.

ولعلّه لذا قال السيّد في المحكي من طبريّاته: «أمّا نكاح المتعة فينعقد بما ينعقد به المؤبّد من الألفاظ، وقوله: أمتعيني نفسك وآجريني أيضاً»، بل عنه: أنّ تحليل الأمة عقد متعة[٧]، فينعقد عنده بالإباحة أيضاً.

﴿و﴾ كذا الكلام في ﴿القبول﴾ الذي ﴿هو اللفظ الدالّ على﴾

---

(١) ليست في نسخة المسالك.

(٢) في نسخة الشرائع: وأيّها.

(٣) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣١٣.

(٤) نسبه إلى الأصحاب في المصابيح في الفقه (للطباطبائي): التجارة / مصباح: ينعقد البيع بلفظ الماضي ورقة ٢٣٢ (مخطوط)، وجعله الذي يطفح من عباراتهم في مفتاح الكرامة: المتاجر / صيغة البيع ج ١٢ ص ٤٨٣.

(٥) في ج ٢٣ ص ٣٩٩...

(٦) في ج ٣٠ ص ٢٣٥.

(٧) الناصريّات: مسألة ١٥٢ ص ٣٢٥، والمقطع الأخير نقله في التنقيح الرائع: النكاح / النكاح المنقطع ج ٣ ص ١١٨.

إنشاء ﴿الرضا بذلك الإيجاب، كقوله: قبلت النكاح أو المتعة﴾ أو التزويج، بل ﴿ولو قال: قبلت واقتصر، أو رضيت، جاز﴾ كما تقدّم ذلك كلّه في عقد النكاح[١].

﴿و﴾ كذا تقدّم فيه[٢] وفي عقد البيع[٣] أنّه ﴿لو بدأ بالقبول، فقال: تزوّجت، فقالت هي[٤]: زوّجتك، صحّ﴾ وعن الحلبي[٥] والقاضي[٦] جواز أن يقول لها: «متّعيني نفسك بكذا مدّة كذا» فتقول: «قبلت» فيقول الرجل: «قبلت».

بل ﴿و﴾ تقدّم[٧] أيضاً البحث في أنّه هل ﴿يشترط فيهما الإتيان[٨] بلفظ الماضي﴾ وأنّه قيل بذلك للاقتصار على المتيقّن؛ وحينئذٍ ﴿فلو﴾ قالت: أتزوّجك، أو تزوّجني، أو ﴿قال: أقبل أو أرضى، و﴾ كان ذلك مع ﴿قصد الإنشاء لم يصحّ﴾.

↑ ج ٣٠ / ١٥٤

﴿وقيل:﴾ لا يشترط كما هو مذهب جماعة[٩]، بل لعلّه لا يخلو

---

(١) في ج ٣٠ ص ٢٣٨.
(٢) الهامش السابق: ص ٢٤٩.
(٣) في ج ٢٣ ص ٢١٠...
(٤) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.
(٥) الكافي في الفقه: نكاح المتعة ص ٢٩٨.
(٦) المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٠.
(٧) في ج ٣٠ ص ٢٤٠.
(٨) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: بهما.
(٩) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٢٤، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧١٩ ج ٢ ص ٢٦٠، والطباطبائي في الرياض: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣١٤.

من قوّة؛ لإطلاق الأدلّة. وحينئذٍ فـ﴿لو قال: أتزوّجك مدّة كذا بمهر كذا ـ وقصد الإنشاء ـ فقالت: زوّجتك، صحّ﴾ مضافاً إلى خبري أبان[1] وابن أبي نصر[2] [3] الدالّين على ذلك، بل وعلى تقدّم القبول على الإيجاب.

﴿وكذا لو قالت: نعم﴾ كما في خبر أبان[4] وخبر هشام بن سالم[5].

وقد أشبعنا الكلام[6] في ذلك كلّه وفي غيره من اعتبار العربيّة وعدم اعتبار التعدّد... ونحو ذلك من المتعلّقة بنحو المقام؛ ضرورة عدم الفرق بين عقد المتعة وغيره من العقود اللازمة فضلاً عن عقد الدوام، فلاحظ وتأمّل.

﴿وأمّا المحلّ: فيشترط﴾ إذا كان الزوج مسلماً ﴿أن تكون الزوجة مسلمة أو كتابيّة؛ كاليهوديّة والنصرانيّة والمجوسيّة على أشهر الروايتين[7]﴾ وفي الأُخرى[8] النهي عن التمتّع بالمجوسيّة، وهو

(١ و٤) الكافي: النكاح / باب شروط المتعة ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٥، وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٤٣.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: عن ثعلبة.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٢.

(٥) لهشام خبران في هذا المجال، إلّا أنّهما لم يشتملا على لفظ «نعم»، انظر وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ٣ و٦ ج ٢١ ص ٤٤ و٤٥.

(٦) في ج ٣٠ ص ٢٤٤.

(٧) تقدّمت في ص ٧٤.

(٨) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٣٠ ج ٧ ص ٢٥٦، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٣٧.

محمول على الكراهة التي قد يستفاد من بعض الأخبار[١] تحقّقها في اليهوديّة أيضاً، إلّا أنّ المجوسيّة أشدّ.

﴿و﴾ على كلّ حال، فإذا تمتّع بالكتابيّة كان له أن ﴿يمنعها من شرب الخمر﴾ وأكل لحم الخنزير ﴿و﴾ غير ذلك من ﴿ارتكاب المحرّمات﴾ المنافية للاستمتاع للنفرة، بخلاف ما لا ينافيه، فإنّه لا سلطان له على منعها بعد اعتصامها بالذمّة.

وقد سمعت سابقاً[٢] النصّ على ذلك، بل سمعت[٣] احتمال اعتبار الرخصة في نكاحها ذلك بأن يستحقّه عليها بشرط في العقد ونحوه، إلّا أنّه كما ترى، مثل احتمال وجوب المنع عليه أو استحبابه من باب الأمر بالمعروف، أو استحقاق ذلك له بالزوجيّة وإن لم يكن منافياً.

ج ٣٠ / ١٥٥

والأقوى حمل الأمر في النصّ على ما عرفت؛ لكونه في مقام توهّم الحظر بسبب اعتصامها بالذمّة.

﴿أمّا[٤] المسلمة﴾ مؤمنة كانت أو غير مؤمنة ﴿فلا تتمتّع إلّا بالمسلم خاصّة﴾ مؤمناً كان أو غير مؤمن بناءً على عدم اعتبار الإيمان في الكفاءة، وإلّا فلا يجوز لغير المؤمن التمتّع بالمؤمنة، كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً وفي حرمة غير الكتابيّين على المسلم

(١) تقدّم بعض ما يدلّ على ذلك في ص ٦٢ ـ ٦٣.

(٢) في ص ١٠٢.

(٣) في ص ١٠٣.

(٤) في نسخة الشرائع: وأمّا.

وحرمة المسلمة على الكفّار أجمع[١].

نعم، في الفقيه مرسلاً عن الرضا عليه السلام: «المتعة لا تحلّ إلّا لمن عرفها، وهي حرام على من جهلها»[٢]، ومقتضاه عدم جواز تمتّع المؤمن بالمخالفة والمخالف بالمؤمنة؛ لأنّ الحرمة من طرف تستلزمها من طرف آخر، لكونها تابعة لصحّة العقد وفساده الذي قد عرفت سابقاً عدم تبعّضه بالنسبة إلى المتعاقدين.

إلّا أنّه لمّا كان غير جامع لشرائط الحجّيّة ـ حتّى يصلح لتخصيص العمومات ـ وجب حمله على إرادة الإثم على جاهلها؛ باعتبار إقدامه على المحرّم عنده، فلا ينافي حينئذٍ صحّة العقد في نفسه، كما هو واضح.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك من ذلك: أنّ المراد بالشرط المذكور في المتن بالنسبة إلى المسلم خاصّة؛ ضرورة عدم اشتراط ذلك بالنسبة إلى الكفّار حتّى الوثني بالنسبة إلى الوثنيّة، فإنّ المتعة بينهما صحيحة.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا يجوز﴾ للمسلم التمتّع ﴿بالوثنيّة ولا بالناصبيّة المعلنة بالعداوة﴾ لأهل البيت عليهم السلام أو أحدهم ﴿كالخوارج﴾ ولا بغيرهم من أصناف الكفّار غير من عرفت، كما تقدّم الكلام فيه سابقاً[٣]، وفي أنّه لا عبرة بالإعلان في حرمة الناصبيّة، وفي

---

(١) في ص ٥٠... و ١٦٠...

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٥٨٤ ج ٣ ص ٤٥٩، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب المتعة ح ١١ ج ٢١ ص ٨.

(٣) في ص ١٧٧.

تحقيق المراد بالناصب.

وربّما ظهر من كشف اللثام هنا اعتباره، قال: «وإلّا فالعامّة ناصبة، لكن لا يسمّون بها لعدم الإعلان»[١].

وفيه: ما عرفت سابقاً أنّهم بحكم الناصبة في الآخرة لا الدنيا، إلّا المبغض لأحد من أهل البيت عليهم السلام ـ متديّناً به أو لا ـ فذلك الناصب. ↑ ج ٣٠ / ١٥٦

﴿و﴾ قد عرفت الحال فيه في محلّه، كما عرفت فيما مضى أنّه ﴿لا يستمتع أمة وعنده حرّة إلّا بإذنها، ولو فعل كان العقد باطلاً﴾ أو موقوفاً على الإذن.

﴿وكذا لا يدخل عليها بنت أخيها ولا بنت أُختها[٢] إلّا مع إذنها، ولو فعل كان العقد باطلاً﴾ أو موقوفاً على الإذن... وغير ذلك من المحرّمات عيناً وجمعاً؛ ضرورة كونه أحد فردي النكاح الذي هو عنوان الحرمة.

بل منه يعلم: أنّ الأصل اشتراك الدائم والمنقطع في الأحكام التي موضوعها «النكاح» و«التزويج» ونحوهما ـ ممّا يشمل المنقطع ـ إلّا ما خرج بالدليل؛ من عدم الإرث والنفقة والقسم والزيادة على الأربع... ونحو ذلك، كما هو واضح، فلاحظ حينئذٍ جميع ما تقدّم سابقاً التي منها ما أشار إليه المصنّف هنا إذا فرض كون موضوعها المنقطع، والله العالم.

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٧٥.

(٢) في نسخة الشرائع: لا يدخل عليها بنت أُختها ولا بنت أخيها.

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ﴿يستحبّ أن تكون﴾ المتمتّع بها ﴿مؤمنة﴾ لقول الرضا عليه السلام : «... المؤمنة أحبّ إليّ ...»[١]، وقول الصادق عليه السلام لمّا سأله محمّد بن الفضيل[٢]: «عن المتعة؟ فقال : نعم إذا كانت عارفة ، قلنا : فإن لم تكن عارفة؟ قال : فاعرض عليها وقل لها ؛ فإن قبلت فتزوّجها ، وإن أبت فدعها ...»[٣].

ولا ينافي ذلك قول الصادق عليه السلام في المرسل : «لا تستمتع بالمؤمنة فتذلّها»[٤] المحمول على الامرأة التي هي من ذوي الشرف .

وأن تكون ﴿عفيفة﴾ لخبر ابن سنان[٥]: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها ـ أي المتعة ـ فقال لي : حلال ، ولا تتزوّج إلّا عفيفة ، إنّ الله (عزّ وجلّ) يقول : (الذين هم لفروجهم حافظون)[٦] فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على دراهمك»[٧].

ج ٣٠ / ١٥٧

---

(١) تقدّم في ص ٦٦ ـ ٦٧.

(٢) في موضع من الوسائل: «محمّد بن العيص» وفي موضع آخر وباقي المصادر: «محمّد بن الفيض» نعم ما هنا مطابق لموضع من طبعة دار إحياء التراث من الوسائل.

(٣) الكافي: النكاح / باب أنّه لا يجوز التمتّع إلّا بالعفيفة ح ٥ ج ٥ ص ٤٥٤، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١٣ ج ٧ ص ٢٥٢، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٢٥.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٤ ص ٢٥٣، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٢٦.

(٥) في المصدر: أبي سارة.

(٦) سورة المؤمنون: الآية ٥.

(٧) الكافي: النكاح / باب أنّه لا يجوز التمتّع إلّا بالعفيفة ح ٢ ج ٥ ص ٤٥٣، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١١ ج ٧ ص ٢٥٢، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٢٤.

﴿و﴾ يستحبّ له أيضاً ﴿أن يسألها عن حالها مع التهمة﴾ لخبر أبي مريم عن الباقر عليه السلام : «أنّه سئل عن المتعة؟ فقال : إنّ المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، كنّ يومئذٍ يؤمَنَّ ، واليوم لا يؤمَنَّ ، فاسألوا عنهنّ»[١].

لكن في المسالك : «أنّ هذا يقتضي الأمر بالسؤال عن حالها ولو لغيرها ، وهو أجود من تعبير المصنّف بسؤالها»[٢].

قلت : بل يقتضي سؤال غيرها خاصّة ؛ لعدم الجدوى في سؤالها مع التهمة ، بل قد يظهر منه الأمر بالسؤال مطلقاً إلّا أن يعلم كونها مأمونة .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ﴿ليس﴾ السؤال المزبور ﴿شرطاً في الصحّة﴾ للأصل ، وحمل فعل المسلم على الصحيح ، قيل : «وخبر محمّد بن عبد الله الأشعري : (قلت للرضا عليه السلام : الرجل يتزوّج المرأة فيقع في قلبه أنّ لها زوجاً؟ قال : ما عليه؟ أرأيت لو سألها البيّنة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج؟!)[٣]»[٤].

وفيه : أنّه يمكن أن يكون ذلك غير ما نحن فيه من السؤال عن المتّهمة ـ أو مطلقاً ـ قبل العقد عليها ؛ لظهور النصوص في مرجوحيّة

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١، و«التهذيب»: ح ٩ ص ٢٥١، و«الوسائل»: ح ١ ص ٢٣.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٣٤ ـ ٤٣٥.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١٩ ج ٧ ص ٢٥٣، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٣٢.

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٤٣٥.

السؤال بعد التزويج :

قال محمّد بن راشد[١] : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : «إنّي تزوّجت المرأة متعةً ، فوقع في نفسي أنّ لها زوجاً ، ففتّشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً؟ قال : ولِمَ فتّشت؟!»[٢] .

وفي مرسل مهران عنه عليه السلام أيضاً : «قيل له : إنّ فلاناً تزوّج امرأة متعةً ، فقيل له : إنّ لها زوجاً فسألها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولِمَ سألها؟!»[٣] .

فالأولى الاستدلال عليه بخبر أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : «إنّي أكون في بعض الطرقات فأرى المرأة الحسناء ، ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر؟ قال : ليس هذا عليك ، إنّما عليك أن تصدّقها في نفسها»[٤] .

ج ٣٠ / ١٥٨

﴿ويكره أن تكون زانية، فإن فعل فليمنعها من الفجور، وليس شرطاً[٥]﴾ في أصل الجواز الذي قد عرفت فيما تقدّم[٦] ما يدلّ عليه

---

(١) في المصدر: عن فضل مولى محمّد بن راشد.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١٧ ج ٧ ص ٢٥٣، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٣١.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٨، و«الوسائل»: ح ٤.

(٤) الكافي: النكاح / باب أنّها مصدّقة على نفسها ح ١ ج ٥ ص ٤٦٢، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب المتعة ذيل ح ١ ج ٢١ ص ٣١.

(٥) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: في الصحّة.

(٦) في ج ٣٠ ص ٨١٠...

وعلى الكراهة ، مؤيّداً بـ:

ما سمعته آنفاً من النهي عن غير العفيفة .

وقول الصادق عليه السلام في خبر محمّد: «... إيّاكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج ، قلت : وما الكواشف؟ قال : اللواتي يكاشفن وبيوتهنّ معلومة ويؤتين ، قلت : فالدواعي؟ قال : اللواتي يدعون[1] إلى أنفسهنّ وقد عرفن بالفساد ، قلت : فالبغايا؟ قال : المعروفات بالزنا ، قلت : فذوات الأزواج؟ قال : المطلّقات على غير السنّة»[2].

وخبر محمّد بن الفضيل : «سألت أبا الحسن عليه السلام : عن المرأة الحسناء الفاجرة ، هل يجوز للرجل أن يتمتّع منها يوماً أو أكثر؟ فقال : إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتّع منها ولا ينكحها»[3].

نعم ، يستحبّ منعها من الفجور ؛ لخبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : «سئل عن رجل أعجبته امرأة ، فسأل عنها فإذا الثناء عليها يثني[4] في الفجور؟ فقال : لا بأس بأن يتزوّجها ويحصّنها»[5].

---

(١) في بعض النسخ ـ مطابقاً للكافي ـ : يدعين.

(٢) الكافي: النكاح / باب أنّه لا يجوز التمتّع إلّا بالعفيفة ح ٥ ج ٥ ص ٤٥٤، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١٣ ج ٧ ص ٢٥٢، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٢٨.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٦، و«التهذيب»: ح ١٢، و«الوسائل»: ح ٤.

(٤) في الاستبصار: «فإذا النثا عليها شيء»، وكذا في التهذيب إلّا أنّه أبدل «النثا» بـ «الثناء»، وفي الوسائل أُبدل ذلك مع إضافة «في» قبل «شيء». والنثاء: مثل الثناء إلّا أنّه في الخير والشرّ جميعاً، والثناء في الخير خاصّة. الصحاح: ج ٦ ص ٢٥٠١ (نثا).

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٨ القول في الرجل يفجر ح ٢١ ج ٧ ص ٣٣١، ←

وربّما تأكّد ذلك في الدائم؛ لخبره الآخر قال: «سأل عمّار أبا عبد الله عليه السلام[١]: عن الرجل يتزوّج الفاجرة متعةً؟ قال: لا بأس، وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه»[٢]. والمراد: من حيث التزويج، وإلّا فلا ريب في وجوبه من باب الأمر بالمعروف مع الشرائط.

كما لا ريب في أصل الجواز؛ لما تقدّم سابقاً[٣] الدالّة صريحاً عليه وأنّه ليس عليه من إثمها شيء. واختلاط الماء بعد أن قال الشارع: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٤] غير قادح كما أوضحناه سابقاً.

ج ٣٠ / ١٥٩

فما عن الصدوق: من منع التمتّع بها مطلقاً[٥]، وابن البرّاج: إذا لم يمنعها من الفجور[٦] ـ لذلك، وللنهي عنه في الآية[٧] والرواية[٨] ـ واضح الضعف بعد الإحاطة بما قدّمناه هناك وهنا، والله العالم.

﴿و﴾ كذا ﴿يكره أن يتمتّع ببكر﴾ لها أب أو ﴿ليس لها أب﴾ لقول

← الاستبصار: النكاح / باب ١٠٩ كراهية العقد على الفاجرة ح ٤ ج ٣ ص ١٦٨، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ ج ٢٠ ص ٤٣٦.

(١) الخبر مضمر.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ١٥ ج ٧ ص ٢٥٣، الاستبصار: النكاح / باب ٩٣ أنّه لا ينبغي أن يتمتّع إلّا... ح ٥ ج ٣ ص ١٤٣، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ٤ ص ٤٣٧).

(٣) تقدّم الإرجاع آنفاً.

(٤) وسائل الشيعة: باب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح٢ ـ ٤ و٧ ج٢١ ص١٧٣ـ١٧٥.

(٥) المقنع: باب المتعة ص ٣٣٨.

(٦) المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤١.

(٧) سورة النور: الآية ٣.

(٨) وسائل الشيعة: انظر باب ٨ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٢٧.

الصادق عليه السلام في خبر البختري[١] في الرجل يتزوّج البكر متعةً؟ «يكره؛ للعيب على أهلها»[٢]، وقول أبي الحسن عليه السلام في خبر المهلّب الدلّال: «... لا يكون تزويج متعة ببكر ...»[٣] المحمول على الكراهة جمعاً بينه وبين المعتبرة المستفيضة الدالّة على الجواز، بل في المرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: «سألته عن التمتّع بالأبكار؟ فقال: هل جعل ذلك إلّا لهنّ؟ فليستترن به وليستعففن»[٤].

وعلى كلّ حال ﴿فإن فعل فلا يقتضّها[٥]﴾ للنهي عنه:

قال الصادق عليه السلام في خبر ابن أبي الهلال[٦]: «لا بأس أن يتمتّع بالبكر ما لم يفض إليها؛ كراهيّة العيب على أهلها»[٧].

وفي مرسل ابن أبي حمزة عنه عليه السلام أيضاً: «في البكر يتزوّجها

---

(١) أي: حفص بن البختري.

(٢) الكافي: النكاح / باب الأبكار ح ١ ج ٥ ص ٤٦٢، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٢٧ ج ٧ ص ٢٥٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب المتعة ح ١٠ ج ٢١ ص ٣٤.

(٣) الاستبصار: النكاح / باب ٩٤ التمتّع بالأبكار ح ٥ ج ٣ ص ١٤٦، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٦، و«الوسائل»: ح ١١.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦١١ ج ٣ ص ٣٦٦، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٣٣.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك: فلا يفتضّها.

(٦) في المصدر: زياد بن أبي الحلال.

(٧) الكافي: النكاح / باب الأبكار ح ٢ ج ٥ ص ٤٦٢، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٣٢.

الرجل متعةً؟ قال: لا بأس ما لم يفتضّها»[١].

ومرسل أبي سعيد القمّاط: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها، أفأفعل ذلك؟ قال: نعم، واتّق موضع الفرج، قال: قلت: وإن رضيت بذلك؟ قال: وإن رضيت، فإنّه عار على الأبكار»[٢].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة عليه.

ج ٣٠ / ١٦٠

﴿و﴾ لكن ﴿ليس بمحرّم﴾ للأصل، وظهور النصوص المزبورة بالكراهة، خصوصاً بعد اشتمال بعضها على التعليل المعلوم أنّها لها؛ بقرينة وروده في أصل التمتّع بالبكر، والله العالم.

﴿فروع ثلاثة﴾ قد تقدّم تفصيل الكلام فيها:

﴿الأوّل: إذا أسلم المشرك وعنده كتابيّة بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتاً﴾ للأصل، وما عرفته من جواز ابتدائه للمسلم فضلاً عن استدامته ﴿وكذا لو كنّ أكثر﴾ من واحدة، بل وأكثر من أربع؛ لما تقدّم من جواز ذلك في المنقطع.

﴿ولو سبقت هي﴾ في الإسلام ﴿وقف على انقضاء العدّة إن كان﴾ قد ﴿دخل بها﴾ وإلّا انفسخ عقدها؛ لعدم العدّة حينئذٍ لها

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٢١ ج ٧ ص ٢٥٤. وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ٧ ص ٣٣).

﴿فإن انقضت﴾ العدّة من ذات العدّة المدخول بها ﴿ولم يسلم بطل العقد﴾ بل قد عرفت سابقاً أنّه ينكشف بطلانه من أوّل ﴿وإن لحق بها قبل﴾ انقضاء ﴿العدّة فهو أحقّ بها ما دام أجله باقياً، و[١]لو انقضى الأجل قبل إسلامه لم يكن له عليها سبيل﴾ وإن كانت في العدّة، كما هو واضح.

﴿الثاني: لو كانت غير كتابيّة فأسلم أحدهما بعد الدخول، وقف الفسخ﴾ أيضاً ﴿على انقضاء العدّة، وتبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العدّة، فأيّهما حصل قبل إسلامه انفسخ به النكاح﴾ على نحو ما سمعته في الكتابيّة؛ لما سمعته سابقاً من أنّه وإن كان لا يجوز للمسلم التزوّج بغير الكتابيّة لكن إذا أسلم عنها جرى عليها حكم الكتابيّة؛ للفرق بين الابتداء والاستدامة، كما تقدّم الكلام فيه.

↑ ج ٣٠ / ١٦١

﴿الثالث: لو[٢] أسلم وعنده حرّة وأمة، ثبت عقد الحرّة، ووقف عقد الأمة على رضا الحرّة﴾ وإن كان عقد الحرّة المتأخّر، لكن فيه البحث السابق، فلاحظ وتأمّل كي يظهر لك جريان غير ذلك ممّا تقدّم هناك في المقام، والله العالم.

﴿وأمّا المهر: فهو شرط في عقد المتعة خاصّة و[٣]يبطل بفواته

---

(١) في نسخة الشرائع: فـ.

(٢) في نسخة الشرائع: إن.

(٣) ليست في نسختي الشرائع والمسالك.

العقد﴾ بلا خلاف[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢].

وهو الحجّة بعد قول الصادق عليه السلام في صحيح زرارة: «لا تكون متعة إلّا بأمرين: بأجل مسمّى وأجر مسمّى»[٣]، بل يومئ إليه قوله عليه السلام أيضاً في خبر آخر: «... إنّهنّ مستأجرات»[٤]، كقول الباقر عليه السلام: «... إنّما هي مستأجرة»[٥].

بل منه يعلم الوجه في الفرق بين الدائم الذي يراد منه النسل ونحوه، وبين المتعة المراد منها الانتفاع والاستمتاع ونحو ذلك ممّا هو شبه الإجارة؛ ولذا كان المهر فيها كالعوض في الإجارة شرطاً في الصحّة.

﴿ويشترط فيه﴾ حيث يكون عيناً ﴿أن يكون مملوكاً﴾ للمتمتّع، فلو كان غير مملوك ـ كالخمر والخنزير ـ أو لغير العاقد لم يصحّ؛ لامتناع

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٥٦.

(٢) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦، وجامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ١٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١٩ ج ٢ ص ٢٦١، وكشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٧٦، ورياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٢١.

(٣) الكافي: النكاح / باب شروط المتعة ح ١ ج ٥ ص ٤٥٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥٨ ج ٧ ص ٢٦٢، وسائل الشيعة: باب ١٧ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٤٢.

(٤) الكافي: النكاح / باب أنّهنّ بمنزلة الإماء ح ٧ ج ٥ ص ٤٥٢، تهذيب الأحكام: (الهامش السابق: ح ٤٥ ص ٢٥٨)، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ١٨.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥ ص ٤٥١، و«التهذيب»: ح ٤٦ ص ٢٥٩، و«الوسائل»: ح ٤.

أن يملك البضع بمال غيره وإن رضي المالك بعد ذلك .

بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات ؛ فإنّ الإجازة تؤثّر في نقله إلى ملك المالك ، وهنا لا يتصوّر ذلك ؛ لمعلوميّة اعتبار تعيين الزوج والزوجة في النكاح ، بخلاف البيع والإجارة وغيرهما ممّا لا يعتبر فيه ، بل لو اتّفق قصد المؤجر خصوص المستأجر كان لاغياً ، فيقع للموكّل مثلاً وإن لم يقصده المؤجر ، ومن هنا كان البائع والمشتري مثلاً تـابعاً لملك المال ، بخلاف النكاح .

بل لا يبعد البطلان أيضاً فيما لو أباح له جميع التصرّفات في المال فتمتّع به المباح له ؛ لعدم دخوله في ملكه بهذه الإباحة .

اللّهمّ إلّا أن يكون قصد به التملّك قبل صيرورته مهراً وقلنا بـتأثير هذا القصد في التملّك .

وليس جعله مهراً في المتعة قصداً لتملّكه ، واحتمال : أن يكون مثل «أعتق عبدك عنّي» ، يدفعه : عدم الدليل على الصحّة هنا حـتّى يـلزم تقدير الملك جمعاً بينه وبين القواعد . ↑ ج ٣٠ / ١٦٢

بل مقتضى معاملة المهر هنا معاملة العوض في الإجارة عدم جواز كونه في ذمّة شخص ولو برضاه ؛ لعدم جواز مثله في البيع والإجـارة على وجهٍ يكون المعوّض ملكاً لغير من في ذمّته العوض ، كما لا يجوز كونه عيناً مملوكةً لشخص آخر ولو بعد سبق رضاه . كلّ ذلك بناءً على كون المتعة بالنسبة إلى ذلك كغيرها من المعاوضات .

نعم، قد يناقش في أصل اعتبار الملكيّة للعوض فيها على هذا الوجه؛ لعدم الدليل، بل مقتضى إطلاق أدلّة المقام خلافه، إنّما المعتبر كونه من الأعيان المملوكة؛ بمعنى: عدم كونه ممّا لا يملك كالخمر والخنزير ونحوهما.

وعلى كلّ حال، فقد عرفت أنّ المراد من هذا الشرط: حيث يكون المهر من الأعيان لا مطلقاً؛ ضرورة صحّة كونه منفعةً وعملاً، بل حقّاً من الحقوق الماليّة كحقّ التحجير ونحوه؛ لإطلاق الأدلّة.

وكذا يشترط فيه أن يكون ﴿معلوماً﴾ بما يتحقّق به صدق ذلك عليه ﴿إمّا بالكيل﴾ للمكيل ﴿أو الوزن﴾ للموزون أو العدّ للمعدود ﴿أو المشاهدة أو الوصف﴾ الذي يتحقّق به ما عرفت... أو نحو ذلك ممّا يتحقّق به ما عرفت بلمس أو ذوق أو غيرهما؛ لـ:

إطلاق الأدلّة.

والتصريح بالاكتفاء بنحو الكفّ من البرّ أو السويق... أو نحو ذلك ممّا يعلم منه عدم اعتبار المعلوميّة المعتبرة في البيع ـ مثلاً ـ الذي قد نهي فيه عن الغرر[1]، بخلاف المقام الذي لم نعثر فيه على دليلٍ كذلك. واعتبار التسمية في المهر والعلم أعمّ من ذلك، فمن هنا قلنا: يكفي فيه

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ ج ١٧ ص ٤٤٨، سنن الدارمي: ج ٢ ص ٢٥١، سنن أبي داود: ح ٣٣٧٦ ج ٣ ص ٢٥٤، مسند أحمد: ج ١ ص ١١٦، سنن النسائي: ج ٧ ص ٢٦٢، سنن ابن ماجة: ح ٢١٩٤ و٢١٩٥ ج ٢ ص ٧٣٩، سنن البيهقي: ج ٥ ص ٣٣٨، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٨٠.

تحقّق صدق كونه معلوماً بمشاهدة ونحوها.

﴿ويتقدّر بالمراضاة قلّ أو كثر ولو كان كفّاً من برّ﴾ ونحوه ممّا هو صالح لأن يكون عوضاً؛ لإطلاق الأدلّة بل صراحتها في ذلك، وإن كان المذكور فيها بعد «إن» الوصليّة: «الكفّ من برّ» ونحوه، لكن لا على أنّ المراد منه عدم إجزاء الأقلّ، بل المراد: ذلك ونحوه ممّا يقع التراضي عليه ممّا هو صالح للعوضيّة.

ج ٣٠ / ١٦٣

فما[1] عن الصدوق: من تحديد القلّة بدرهم[2]؛ لقول الباقر عليه السلام في خبر أبي بصير: «... يجزي الدرهم فما فوقه»[3]، الذي هو ـ مع الضعف في سنده، والمعارضة بغيره ـ لا يدلّ على التحديد بعد ما عرفت من إرادة ما سمعت من نحو هذا اللفظ هنا، المعلوم بقرائن المقام إرادة الاجتزاء بكلّ ما يقع عليه التراضي ممّا هو صالح للتعاوض وإن ذكر القدر المزبور بناءً على تعارف عدم الأقلّ منه.

نحو قول الصادق عليه السلام للأحول ـ وقد سأله عن أدنى ما يتزوّج به الرجل متعةً؟ ـ: «كفّ من برّ»[4]، ولأبي بصير وقد سأله عليه السلام عنه أيضاً: «كفّ من طعام دقيق أو سويق أو تمر»[5] مع أنّه أقرب إلى إيهام التحديد

---

(١) خبرها غير ظاهر في العبارة.

(٢) المقنع: باب المتعة ص ٣٣٩.

(٣) الكافي: النكاح / باب ما يجزئ من المهر فيها ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥١ ج ٧ ص ٢٦٠، وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٤٨.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ٥٠، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٤٩.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٥ ص ٥٠.

من خبر الصدوق.

إلّا أنّ المتّجه ـ بعد ملاحظة النصوص التي قدّرته بما يقع عليه التراضي ـ إرادة ما ذكرناه من ذلك، كما هو واضح، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿يلزم دفعه﴾ أي المهر ﴿بالعقد﴾ المقتضي لملكيّته، ولكونه كالمهر المستحقّ دفعه عقيبه، وإن كان استقراره هنا مراعى بالدخول والوفاء بالتمكين في المدّة.

ولظاهر قوله تعالى: «فما استمتعتم به منهنّ فآتوهنّ أُجورهنّ»[١] الذي قد استفاضت النصوص[٢] في ورودها في المتعة وأنّه في قراءة أُبيّ وغيره: «إلى أجل»[٣].

ولخبر عمر بن حنظلة قال للصادق عليه السلام: «أتزوّج المرأة شهراً، فتريد منّي المهر كملاً، فأتخوّف أن تخلفني؟ فقال: لا يجوز أن تحبس ما قدرت عليه، فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك»[٤] على ما عن أكثر النسخ، وعن بعضها: «يجوز أن تحبس»[٥]، لكن لا يوافق ظاهر قوله عليه السلام: «فخذ منها».

بل قد يشعر به أيضاً مكاتبة الريّان إلى أبي الحسن عليه السلام، قال:

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٥.

(٣) تفسير الثعلبي: ج ٣ ص ٢٨٦، تفسير الرازي: ج ١٠ ص ٥١، تفسير ابن كثير: ج ١ ص ٤٣٠، تفسير البحر المحيط: ج ٣ ص ٢٢٥، تفسير القرطبي: ج ٥ ص ١٣٠.

(٤) الكافي: النكاح / باب حبس المهر ح ١ ج ٥ ص ٤٦٠.

(٥) كما في نسخة وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٦١.

ج ٣٠ / ١٦٤

«كتبت إليه: الرجل يتزوّج المرأة متعةً بمهر إلى أجل معلوم، وأعطاها بعض مهرها وأخّرته بالباقي، ثمّ دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنّها زوّجته نفسها ولها زوج مقيم معها، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئاً؛ لأنّها عصت الله...»[١]. فإنّ ظاهر نسبة التأخير إليها مشعر باستحقاقها الأخذ منه قبل المدّة، بل قد يشعر به غيره أيضاً من الأخبار.

ولعلّه لذا كان المحكي عن المفيد[٢] والمرتضى[٣] والقاضي[٤] التصريح بذلك، بل لعلّه الظاهر من المصنّف والفاضل[٥] وغيرهما[٦]؛ على معنى: إرادة المصاحبة من الباء أو السببيّة التامّة في الدفع.

لا أنّ المراد كون العقد سبباً في الوجوب في الجملة على وجهٍ لا ينافي اشتراطه بأمر آخر؛ وذلك لأنّ المهر أحد العوضين الذي لا يجب تسليمه على أحدهما قبل أن يتسلّم العوض الآخر، فمع التعاسر يتقابضان معاً، بل قد سمعت في كتاب الإجارة[٧] عدم وجوب

---

(١) الكافي: النكاح / باب حبس المهر ح ٥ ج ٥ ص ٤٦١، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٦٢.

(٢) المقنعة: النكاح / باب المهور ص ٥١٠.

(٣) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧٠.

(٤) المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤١.

(٥) قواعد الأحكام: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٢.

(٦) كمعالم الدين (لابن القطّان): النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ٣٣.

(٧) في ج ٢٨ ص ٤٠٩ و٤٤١.

تسليم العوض قبل تسلّم العمل ، وخبر عمر بن حنظلة معارض بما سمعته من بعض نسخه ، ومن هنا جزم جماعة[١] بعدم وجوب دفع تمام المهر .

لكن فيه أوّلاً : أنّ المتّجه على تقدير إلحاق ما هنا بالإجارة التفصيل بين الأمة والحرّة ، فيجب دفع المهر بتسليم الأُولى بخلاف الثانية ؛ على قياس استئجار العين المملوكة واستئجار الحرّ . اللّهمّ إلّا أن يفرّق بين الدابّة والأمة ؛ باعتبار استقلال المستأجر في الأُولى في الاستيفاء ، بخلاف الثانية التي يمكن أن تمتنع عليه في الاستيفاء .

وثانياً : أنّه ينبغي توزيع المهر على تمام المدّة ، ولا أظنّه يلتزمونه .

وثالثاً : أنّه يمكن منع كون المقام من ذلك ، بل هو أشبه شيء بالمهر الذي يستقرّ بالدخول ؛ لما سمعته من الآية والرواية[٢] . نعم ، هو باعتبار ضرب المدّة فيه لا يستقرّ ملكها له حتّى تمضي المدّة ممكّنةً كما سيأتي ، والله العالم .

ج ٣٠ / ١٦٥

﴿و﴾ كيف كان ، فـ**﴿لو وهبها المدّة﴾** أو تصدّق بها عليها وجعلها في حلّ منها ـ كما عبّر بذلك عنه في النصوص[٣] المعلوم إرادة ما يشبه

---

(١) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٢، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٢، والطباطبائي في الرياض: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٢٥.

(٢) في بعض النسخ بعدها إضافة: «بل في جامع المقاصد: الإجماع عليه».

(٣) عبّر بلفظ التصدّق في خبر أبان الآتي في ص ٣٥٨، وبلفظ الحلّ في خبر الحميري الآتي في ص ٣٤٩.

الإبراء من ذلك؛ فإنّه في الحقيقة إسقاط ما يستحقّه عليها ـ فلا يحتاج إلى قبول ولا إلى قابليّة المتمتّع بها لذلك، فيصحّ له الهبة المزبورة للصغيرة والمجنونة والأمة وغيرها.

والشكّ في ذلك من بعضهم[1]: بأنّه يتجدّد شيئاً فشيئاً ـ فلا يتعلّق به الإبراء قبل حصوله ـ اجتهاد في مقابلة النصوص، على أنّه في الحقيقة إسقاط للاستحقاق المتحقّق فعلاً وإن تأخّر المستحقّ، فهو كإبراء الأجير ممّا يستحقّ عليه في الزمان المتأخّر.

وعلى كلّ حال، فإذا جعلها في حلّ من ذلك ﴿قبل الدخول لزمه النصف﴾ من المهر، وفاقاً للمشهور[2]، بل في جامع المقاصد: إجماع الأصحاب عليه[3]، وفي كشف اللثام: «هو مقطوع به في كلام الأصحاب، وحكى عليه الإجماع في السرائر، وبه مقطوع زرعة عن سماعة: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها، ثمّ جعلته في حلّ من صداقها، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم، إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه، فإن خلّاها قبل أن يدخل بها ردّ المرأة على الزوج نصف الصداق[4]»[5].

---

(١) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٣.

(٢) كما في مسالك الأفهام: (انظر المصدر السابق).

(٣) جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٣.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥٥ ج ٧ ص ٢٦١، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٦٣.

(٥) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٧٧ ـ ٢٧٨.

ولمكان ضعف الخبر المزبور، وإمكان إرادة خصوص الطلاق من التخلية فيه، شكّك بعض الناس[١] في الحكم؛ باعتبار أنّ العقد قد أوجب الجميع، وحرمة القياس على الطلاق.

إلّا أن يقال: «إنّه بمنزلة الأُجرة، ولا أُجرة إذا وهبت المنفعة للمؤجر» كما في كشف اللثام[٢]. وفيه: إمكان منع كون الحكم كذلك أيضاً في المشبّه به.

نعم، أصل الشكّ في الحكم المزبور في غير محلّه بعد ما عرفت من الإجماع المعاضد للخبر المزبور، الذي لا يقدح قطعه في الحجّيّة عندنا بعد ما ذكرناه غير مرّة من الظنّ القوي بكون المراد أنّ مرجع الضمير الإمام عليه السلام.

ثمّ الخبر وكلام الأصحاب يشمل هبة جميع المدّة وبعضها كما صرّح به غير واحد[٣]، بل الظاهر هبة البعض؛ لأنّه لا يمكن هبة الجميع في المدّة المتّصلة.

نعم، في كشف اللثام: «إن أقرّ بعضها ـ كأن يهبها عقيب العقد على شهرين شهراً دون آخر ـ اتّجه العدم؛ لخروجه عن النصّ من الخبر وكلام الأصحاب»[٤].

ج ٣٠ / ١٦٦

---

(١) كالفاضل الهندي في كشف اللثام: (انظر الهامش السابق: ص ٢٧٨).
(٢) الهامش السابق.
(٣) كالفاضل الهندي في كشف اللثام: (انظر الهامش قبل السابق).
(٤) الهامش السابق.

وفيه: أنّه ـ بعد أن علم من الأدلّة قابليّة هذا الحقّ للإسقاط والإبراء، وأنّه مقتضى الحكمة بعد أن لم يقع بها طلاق، وربّما أراد الفراق فلو لم يصحّ ذلك لم يقع الفراق ـ لم يكن فرق بين هبة الكلّ والبعض ولو على الوجه الذي ذكره، خصوصاً إذا كان الموهوب المتأخّر من الزمان.

وعدم تعرّض النصوص لهذا بالخصوص لا يقتضي العدم بعد أن عبّرت عن ذلك بالهبة والصدقة والإحلال... وغيرها ممّا لا تفاوت[1] فيه بين الجميع.

ومن هنا يتمّ ما فرّعه في المسالك، قال: «واعلم: أنّ الظاهر من هبة المدّة قبل الدخول هبة جميع ما بقي منها عند الهبة، وذلك هو المقتضي لسقوط نصف المهر إذا وقع قبل الدخول».

«وهل المقتضي له هو مجموع الأمرين، أو حصول الفرقة قبل الدخول؟ وجهان: من ظهور اعتبار الدخول وعدمه في ذلك كالطلاق، ومن الوقوف على موضع اليقين فيما خالف الأصل».

«وتظهر الفائدة: فيما لو وهبها بعض المدّة كنصفها ـ مثلاً ـ وقد بقي منها أكثر من النصف، ولم يتّفق فيها دخول حتّى انقضى ما بقي منها بغير هبة، فعلى الأوّل يثبت لها المجموع، وعلى الثاني النصف، وإطلاق الرواية يدلّ على الثاني لو كانت معتبرة في الدلالة»[2].

---

(١) في بعض النسخ: لا يتفاوت.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

قلت: قد عرفت اعتبارها، فالمتّجه حينئذٍ أنّ الموجب للتنصيف كونه فرقة قبل الدخول، وإلّا فهبة المدّة بمنزلة استيفائها له في الحقيقة، نحو هبتها المهر إيّاه.

ولا ينافي ذلك كونها ممكّنة له ولا تقصير منها؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النصّ والإجماع الذي سمعته، الشامل معقده لهبة ما بقي من المدّة ولو اليسير، وإن كانت هي في السابق ممكّنة له لم[1] يكن منها تقصير ولا إخلال.

ومن ذلك يعلم: أنّ لها النصف بطريق أولى فيما إذا كان المانع من الدخول بها حيض أو شبهه حتّى مضت المدّة.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو دخل استقرّ المهر بشرط الوفاء بالمدّة﴾ أي تمكينها من نفسها في تمام مدّته إلّا أن يهبها هو، فإنّه يجب عليه دفع الجميع ـ الذي قد استحقّ بالعقد واستقرّ بالدخول ـ مع عدم حصول إخلال منها بما بقي له من مدّته.

لكن في جامع المقاصد: «لو دخل ثمّ وهبها الجميع أو البعض، ففي سقوط شيء من المهر باعتبار ما ذهب[2] من المدّة نظر، ولم أقف للأصحاب على كلام في ذلك»[3].

↑ ج ٣٠ / ١٦٧

﴿و﴾ فيه: أنّه لا ريب في ثبوت الجميع بذلك؛ لما عرفت.

---

(١) الأولى التعبير بـ«ولم».

(٢) في بعض النسخ بدل «ذهب»: «ظهر» وفي المصدر: «وهب».

(٣) جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٣.

نعم ﴿لو أخلّت﴾ هي ﴿ببعضها كان له أن يضع من المهر بنسبتها﴾ إن نصفاً فنصف وإن ثلثاً فثلث، بلاخلاف أجده فيه[١]، بل ولا إشكال؛ لكونها كالمستأجرة، وللمعتبرة المستفيضة التي منها:

خبر ابن حنظلة السابق[٢].

وخبره الآخر: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوّج المرأة شهراً بشيء مسمّى، فتأتي بعض الشهر ولا تفي ببعض؟ قال: يحبس عنها من صداقها بقدر ما احتبست عنك، إلّا أيّام حيضها فإنّها لها»[٣].

ونحوه خبره الثالث عنه عليه السلام[٤] أيضاً.

وخبر إسحاق بن عمّار: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: الرجل يتزوّج المرأة متعةً بشرط أن تأتيه كلّ يوم حتّى توفّيه شرطه، أو يشترط أيّاماً معلومة تأتيه فيها، فتغدر به فلا تأتيه على ما شرط عليها؟... قال: نعم ينظر ما قطعت من الشرط، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له، ما خلا أيّام الطمث فإنّها لها، فلا يكون عليها إلّا ما حلّ له من فرجها»[٥].

---

(١) استظهر الوفاق في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٣٥، وكشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٧٧، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٥٩، ورياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٢٤.

(٢) تقدّم في ص ٢٨٨.

(٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٥٩٦ ج ٣ ص ٤٦١، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٦٢.

(٤) الكافي: النكاح / باب حبس المهر ح ٣ ج ٥ ص ٤٦١، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ ص ٦١).

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل» في الهامش قبله: ح ٣ ص ٦١.

وظاهر الأخير ـ بل وغيره ـ عدم التوزيع على ما يفوت عليه من الاستمتاع غير الوطء، ولعلّه كذلك. فما عن التحرير[١]: من الإشكال فيه ـ من ذلك، ومن نقصان الاستمتاع ـ في غير محلّه.

كما أنّه قد يومئ استثناء أيّام الحيض فيه وفي غيره إلى استثناء غيره من الأعذار كالمرض ونحوه ممّا لا يعدّ حبساً منها وإخلالاً.

لكن في المسالك: «فيه وجهان: من المشاركة في المعنى، وكون ذلك على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على مورده»[٢].

وفي القواعد: «لو منع العذر عن الجميع كلّ المدّة كالمرض المدنف فكذلك ـ أي لا ينقص من مهرها شيء ـ على إشكال»[٣].

ولعلّه: من انتفاء الاستيفاء رأساً وهو أحد العوضين، فانتفى الآخر كسائر المعاوضات، والفرق بينه وبين الحيض بأنّه عادي، فأيّامه في حكم المستثناة في العقد بخلاف غيره. ومن أنّها مسلّمة لنفسها، وإنّما عرض المانع من خارج وقد ثبت المهر بالعقد، ولا يعلم سقوطه بمثل ذلك مع جواز التمتّع بمن لا يمكنه الاستمتاع بها ابتداءً.

ثمّ قال: «وكذا الإشكال لو منع هو أو هي بظالم كلّ المدّة»[٤].

وبالجملة: لو منع العذر من بعض الاستمتاع كلّ المدّة أو بعضها، أو

---

(١) تحرير الأحكام: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٤.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٤.

(٣ و٤) قواعد الأحكام: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٤ (بعض الألفاظ مأخوذة من كشف اللثام).

ج ٣٠
١٦٨

من الجميع في كلّها أو بعضها ، فإشكال عنده : من احتمال توزيع المهر على المدّة ووجوه الاستمتاع جميعاً أو بالتفريق ، والعدم .

وفي كشف اللثام : «ويقوى السقوط بالنسبة مع امتناعها اختياراً عن الاستمتاع رأساً ، لضرورة ملجئة لها لحفظ مال أو عرض أو نفس ، لصدق أنّها لم تف له بالمدّة . وعدم السقوط إن استوعب الحيض المدّة ، وأمّا نحو الأكل والشرب الضروريّين والتنظّف والتهيّؤ للزوج فالظاهر استثناؤها أيضاً ؛ لقضاء العادة بها ، فيدخل استثناؤها في مفهوم العقد»[1]. وكأنّه تبع بذلك أحد احتمالي المحقّق الثاني في جامعه[2].

ولكنّ التحقيق ما عرفته من أنّ العوض هنا مهر يجري عليه حكمه ، وهو وجوبه بالعقد ؛ إذ هو نكاح بالنسبة إلى ذلك وإن كان زمانه منقطعاً ، نعم قد عومل معاملة الأُجرة فيما إذا أخلفت في بعض المدّة للأدلّة الخاصّة ، فيبقى غيره على مقتضى وجوبه .

بل الظاهر ملاحظة الإخلال بحصول التمكين من الوطء في التوزيع دون غيره من الاستمتاعات ، كما عساه يومئ إليه قوله عليه السلام : «فلا يكون عليها إلّا ما حلّ من فرجها» ، كإيماء قوله عليه السلام : «تحبس» و«قطعت» ونحو ذلك إلى الإخلال لا لعذر شرعي يوجب عليها عدم المجيء ولو حفظ نفس أو عرض .

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٩٣.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٤٦ ـ ٤٧.

وبالجملة: فالأصل يقتضي وجوب المهر بالعقد، خرج الإخلال منها بالمدّة لا لعذر، فيبقى غيره.

وبذلك يتّجه وجوب المهر عليه أجمع بموتها كما جزم ثاني الشهيدين[١]. نعم، في القواعد: «الأقرب أنّ الموت هنا كالدائم»[٢]. أي: كالموت فيه يثبت المهر وإن مات أو ماتت؛ لثبوته بالعقد، والموت لا يصلح لإسقاطه إلّا بدليل، وليس، والفرق بينه وبين ما إذا منعت من الاستمتاع بيّن.

ولعلّ قوله: «الأقرب» لاحتمال السقوط بالنسبة بناءً على أنّه في مقابلة الاستمتاع موزّع عليه وعلى المدّة، فيسقط كلّاً أو بعضاً بامتناعه كلّاً أو بعضاً، كما لو استأجر دابّة فماتت.

وإن كان هو واضح الضعف كما اعترف به في جامع المقاصد[٣]؛ لما عرفته من الأصل السابق، بل الظاهر أنّه بموته أو موتها ـ المخرج لهما عن قابليّة الانتفاع ـ تكون كانتهاء المدّة.

↑ ج ٣٠ / ١٦٩

ومنه يعلم: قوّة انفساخ عقد المتعة بينهما بذلك، لا أنّه باقٍ إلى أجله، ولا أنّه ينقلب دائماً، ولعلّه هو الوجه في استفاضة النصوص بعدم التوارث بينهما بالموت[٤]؛ لأنّ به ينفسخ هذا العقد بينهما فلا زوجيّة،

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٤.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٤.

(٣) جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٤٨.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٦٦.

خصوصاً المتضمّنة منها: أنّها لا تطلّق، وليست إحدى الأربع، ولا ترث إنّما هنّ مستأجرات[١]، فإنّه كالصريح في ذلك، كما ستسمع -إن شاء الله- مزيد تحقيق له في محلّه.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو تبيّن فساد العقد إمّا بأن ظهر لها زوج أو كانت أُخت زوجته أو اُمّها﴾ ولو من الرضاعة ﴿أو[٢] ما شاكل ذلك من موجبات الفسخ﴾ للعقد ﴿ولم يكن دخل بها[٣]﴾ وإن استمتع بها بتقبيل ونحوه ﴿فلا مهر لها﴾ قطعاً لا المسمّى ﴿و﴾ لا غيره، بل ﴿لو﴾ كان قد ﴿قبضته كان له استعادته﴾ ضرورة بقائه على ملكه، بل الظاهر أنّ له المطالبة بمثله أو قيمته مع تلفه.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو تبيّن ذلك بعد الدخول﴾ بها، ففي محكيّ المقنعة[٤] والنهاية[٥] والتهذيب[٦] والمهذّب[٧]: ﴿كان لها ما أخذت وليس عليه تسليم ما بقي﴾ من غير فرق بين العالمة والجاهلة.

ولعلّه لحسن حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بقي عليه شيء من

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٤ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ١٨.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: و.

(٣) ليست في نسخة المسالك.

(٤) قال بذلك في خصوص ما لو تزوّجها على أنّها حرّة فبانت أمة، انظر المقنعة: النكاح / التدليس في النكاح ص ٥١٩، ونقل ما هنا عنه في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٣٦.

(٥) النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٧٨.

(٦) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ذيل ح ٥٣ ج ٧ ص ٢٦١.

(٧) المهذّب: النكاح / باب نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٢.

المهر وعلم أنّ لها زوجاً، فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها، ويحبس عنها ما بقي عنده»[١].

بل قد يقال: إنّ مرادهم: لها ما أخذت ولو جميع المهر، وله حبس ما عنده ولو الجميع حينئذٍ.

لكنّه هو ـ كما ترى ـ قول غريب، منافٍ:

لما دلّ على[٢] عدم المهر للبغيّ[٣].

↑ ج ٣٠ / ١٧٠

ولعدم خلوّ البضع عن المهر مع عدم الزنا.

بل ولقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٤].

بل ولمكاتبة ابن الريّان إلى أبي الحسن عليه السلام: «الرجل يتزوّج المرأة متعةً بمهر إلى أجل معلوم، وأعطاها بعض مهرها وأخّرته بالباقي، ثمّ دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنّها زوّجته نفسها ولها زوج مقيم، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئاً؛ لأنّها عصت الله...»[٥].

---

(١) الكافي: النكاح / باب حبس المهر ح ٢ ج ٥ ص ٤٦١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥٤ ج ٧ ص ٢٦١، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٦٢.

(٢) في بعض النسخ: من.

(٣) تلخيص الحبير: ج ١١ ص ٣٣٢، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢١٤، جامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣١، مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٤٢.

(٤) ينظر إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧، وجامع المقاصد: ج ٥ ص ١٣٢، ومسالك الأفهام: ج ٣ ص ١٥٤، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ٨ ص ١٩٢.

(٥) تقدّم في ص ٢٨٨ ـ ٢٨٩ بعنوان «الريّان».

بناءً على ظهوره ـ ولو للتعليل ـ في عدم دفع شيء لها مع فرض علمها وفي استرجاع ما أخذته منه منها، إلّا أنّ السائل لمّا سأل عن حبس ما بقي ـ مشعراً بالإعراض عمّا دفعه إليها ـ كان الجواب بما سمعت.

لا أنّ المراد عدم جواز استرجاع شيء ممّا دفعه إليها مع فرض كونها زانية، فإنّه منافٍ لما سمعت، خصوصاً مع بقاء العين التي لم يحصل سبب شرعي لخروجها عن ملك مالكها؛ ضرورة تبيّن بطلان السبب المخصوص، فلا أثر له وإن حصل بزعم التأثير كما هو واضح؛ إذ هو كغيره من المقامات.

فيجب حمل الخبر المزبور ـ بعد تسليم حجّيّته ـ على صورة الجهل وكون المدفوع إليها مساوياً لمهر المثل أو رضاها به... أو نحو ذلك، بل ربّما حمل[1] كلام الشيخين على ذلك أيضاً.

ومن هنا كان ظاهر المصنّف الإعراض عنه؛ حيث قال: ﴿ولو قيل: **لها المهر إن كانت جاهلة، ويستعاد ما أخذت إن كانت عالمة، كان حسناً**﴾ لكون الوطء شبهةً في الأوّل فتستحقّ المهر بها، وزِناً في الثاني ولا مهر لبغيّ.

بل الظاهر أنّ له ذلك حتّى لو أتلفته؛ ضرورة ضمانه عليها، وعدم المطالبة به في البيع الفاسد ـ إن قلنا به ـ فلدليل خاصّ، والتسليط منه إنّما كان بزعم الصحّة.

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٦٤.

بل لا يبعد ذلك حتّى مع علمه بالفساد ؛ باعتبار أنّ دفعه له بعنوان كونه المسمّى في العقد ، فكأنّه اشترط في إباحته صحّة العقد على وجهٍ لا ينافي علمه بالفساد الذي أقصاه حينئذٍ علمه بعدم حصول شرط الإباحة .

ج ٣٠ / ١٧١

نعم ، يبقى الكلام في المهر الذي يجب دفعه في الصورة الأُولى ، فربّما قيل[1] : إنّه المسمّى ، بل ربّما قيل[2] : يلاحظ فيه التوزيع على المدّة .

ولكن فيه : أنّه بعد ظهور الفساد لا مقتضي لوجوبه ـ كي يدفعه كلّاً أو موزّعاً ـ حتّى لو فرض أقلّيّته من مهر المثل ؛ ضرورة أنّ رضاها به إنّما كان لزعم الصحّة الذي قد بان خطؤه .

ومن ذلك يظهر لك ما في احتمال[3] وجوب أقلّ الأمرين من مهر المثل والمسمّى ، نعم يتّجه وجوب مهر المثل لها كما في غيره من أفراد وطء الشبهة .

إنّما الكلام : في أنّه مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدّة التي سلّمت نفسها فيها متعةً ، أو مهر المثل للنكاح الدائم ؛ لأنّ ذلك هو قيمة البضع عند وطء الشبهة من غير اعتبار لعقد الدوام والانقطاع؟

وجهان قويّان : من حيث إقدامها على ما هو شبه الإجارة ، فمع

(١ و٢) كما في الوسيلة: النكاح / نكاح المتعة ص ٣١١، ومختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٤٢.

(٣) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٧٩.

فرض فساده لها أُجرة المثل بالنسبة إلى تلك المدّة التي أقدمت عليها.
ومن تبيّن الفساد، والشارع قد جعل مهر المثل للبضع باستيفاء منفعته ولو مرّة. ولعلّ ثانيهما أقواهما، والله العالم.

﴿وأمّا الأجل: فهو شرط في عقد المتعة﴾ إجماعاً بقسميه[1] ونصوصاً[2] ﴿و﴾ لذا ﴿لو لم يذكره﴾ فيه لفظاً ولا قصداً لم يكن عقد متعة، و﴿انعقد دائماً﴾ في المشهور نقلاً[3] وتحصيلاً[4]، بل لعلّه مجمع عليه[5].

لما عرفته سابقاً من صلاحيّة اللفظ ـ حتّى لفظ المتعة ـ لهما، وإنّما يتمحّض للمتعة بذكر الأجل، فإذا اُهمل في اللفظ والنفس تعيّن للدوام.

ولأصالة الصحّة في العقد.

---

(١) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦، وجامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٧، ونهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٣٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١٩ ج ٢ ص ٢٦١، ورياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٢٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٧ و١٨ و٢٠ و٢٥ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٤٢ فما بعدها.

(٣) كما في مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨، وكشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٠، ومفاتيح الشرائع: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٤) قال بذلك الشيخ في النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٧٣، وابن البرّاج في المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤١، وأبوالصلاح في الكافي في الفقه: نكاح المتعة ص ٢٩٨، وابن زهرة في الغنية: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٥، وابن سعيد في الجامع للشرائع: النكاح / أحكام المتعة ص ٤٥٠.

(٥) كما في موضع من الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٣٨.

ولقول الصادق عليه السلام في موثّق ابن بكير: «... إن سمّى الأجل فهو متعة، وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح ثابت[1]»[2].

ولأنّ أبان بن تغلب قال له عليه السلام لمّا علّمه كيفيّة عقد المتعة: «... إنّي أستحي أن أذكر شرط الأيّام؟ فقال: هو أضرّ عليك، قلت: وكيف؟ قال: إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقة والعدّة، وكانت وارثاً، ولم تقدر على أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة»[3].

↑ ج ٣٠ / ١٧٢

بل في ظاهر المسالك[4] وكشف اللثام[5] وغيرهما[6]: أنّ المشهور انعقاده دائماً بمجرّد عدم ذكر الأجل في اللفظ وإن كان مقصوداً له؛ لما عرفت.

لكنّهما أشكلاه: بضعف الخبرين، وعدم صراحتهما في ذلك، بل في الأوّل منهما: عدم دلالة الأوّل منهما «إنّما دلّ على أنّ الدوام لا يذكر فيه

---

(١) في المصدر بدلها: باتّ.

(٢) الكافي: النكاح / باب في أنّه يحتاج أن يعيد ح ١ ج ٥ ص ٤٥٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥٩ ج ٧ ص ٢٦٢، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٤٧.

(٣) الكافي: النكاح / باب شروط المتعة ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٠ ج ٧ ص ٢٦٥، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٤٧.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٧ ـ ٤٤٨.

(٥) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٠.

(٦) كنهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٤٣، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧١٩ ج ٢ ص ٢٦١.

الأجل ، وهو كذلك ، لا على أنّ من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً ، وصلاحيّة اللفظ لا تجدي إذا خالفه القصد ؛ ضرورة كون المعتبر اتّفاقهما على معنى واحد ، وهو غير حاصل هنا ؛ لأنّ المقصود هو المتعة والمطابق للّفظ هو الدائم ، وذلك يقتضي البطلان ؛ لفوات شرط المقصود وعدم قصد الملفوظ»[١]. ومن هنا قال في المسالك : «القول بالبطلان مطلقاً أقوى»[٢].

وربّما يؤيّده مضمر سماعة : «سألته عن رجل أدخل جارية يتمتّع بها ، ثمّ إنّه نسي أن يشترط حتّى واقعها ، يجب عليه حدّ الزاني؟ قال : لا ، ولكن يتمتّع بها بعد النكاح ، ويستغفر الله ممّا أتى»[٣] بناءً على إرادة نسيان الأجل من الاشتراط[٤] فيه .

وفيه : منع الضعف في السند أوّلاً ؛ لكون الأوّل من قسم الموثّق .

والانجبار بالشهرة ثانياً .

وعدم الصراحة لا ينافي الظهور الكافي في الاستدلال ، خصوصاً بعد الاعتضاد بخبر هشام بن سالم : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوّج المرأة متعة مرّة مبهمة؟ قال : فقال : ذاك أشدّ عليك ؛ ترثها وترثك ، ولا يجوز لك أن تطلّقها إلّا على طهر وشاهدين ، قلت : أصلحك الله ،

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٨ (بتقديم وتأخير).

(٢) المصدر السابق.

(٣) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ٣ ج ٥ ص ٤٦٦، وسائل الشيعة: باب ٣٩ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٧٤.

(٤) الأولى التعبير بـ «من نسيان الاشتراط».

فكيف أتزوّجها؟ قال: أيّاماً معدودة بشيء مسمّى...»[١] إلى آخره.

فإنّه كالصريح في كون المراد المتعة، وبأنّ اعتبار الأجل في المتعة على جهة الشرطيّة الخارجة عن معنى النكاح، فمع فرض عدم الذكر لا يؤثّر بناءً على أنّ المقدّر لا يجري عليه حكم المذكور، بل هو حينئذٍ كعدم وجوده، فلا يؤثّر بطلاناً للعقد لو كان باطلاً مثلاً، فقصد النكاحيّة حينئذٍ بحاله.

نعم، لو قلنا: المعتبر في الدائم قصد الدوام اتّجه حينئذٍ الفساد؛ ضرورة عدم قصد ذلك في الفرض، لكنّه واضح المنع.

↑ ج ٣٠ / ١٧٣

ومضمر سماعة ـ بعد الغضّ عمّا في سنده، وقطعه ـ يمكن إرادة أصل العقد من الاشتراط فيه، أو المتعة من لفظ الإيجاب على الوجه الذي ستعرفه[٢].

ومن ذلك يعلم ما في المسالك؛ حيث إنّه ـ بعد نقل القولين المزبورين والتفصيل عن ابن إدريس بأنّه «إن كان الإيجاب بلفظ التزويج والنكاح انقلب دائماً، وإن كان بلفظ التمتّع بطل العقد؛ لأنّ اللفظين الأوّلين صالحان لهما، بخلاف الثالث فإنّه مختصّ بالمتعة، فإذا فات شرطها بطل» ـ قال: «وفيه: أنّ بطلان عقد المتعة كما حصل بفوات

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٦ ج ٧ ص ٢٦٧، الاستبصار: النكاح / باب ٩٩ مقدار ما يجزي من ذكر الأجل ح ٥ ج ٣ ص ١٥٢، وسائل الشيعة: باب ٢٠ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٤٨.

(٢) في ص ٣٠٩.

شرطه وهو الأجل، فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه وهو القصد إليه، فإنّه الركن الأعظم في صحّة العقود»[1].

إذ هو ـ كما ترى ـ صريح في اعتبار قصد الدوام في صحّة الدائم، لكن قد عرفت ما فيه: من أنّ الدوام إن حصل فيما قصد به النكاحيّة فمن حيث ثبوت النكاح بذلك واحتياج رفعه إلى رافع شرعي، نحو حصول الدوام فيما قصد به الملك من غير ملاحظة ذلك فيه، لا أنّه حاصل من حيث ملاحظة الدوام قيداً فيه على حسب ملاحظة الأجل في المنقطع.

فتلخّص من ذلك: أنّ الانقطاع الحاصل في المؤجّل ـ الذي شرعه الشارع ـ من حيث اشتراط الأجل فيه، فمع فرض عدم ذكره يكون كالعقد الفاقد للشرط، لا أنّ لفظ «أنكحت» مستعمل في المنقطع على وجهٍ يكون ذكر الأجل كاشفاً عن المراد بها، بل هي ليست إلّا مستعملة في معنى النكاحيّة، والانقطاع إذا اُريد استعمل فيه ما يدلّ عليه من ذكر الأجل، فهو معه حينئذٍ دالّان ومدلولان، ومع عدمه يبقى الأوّل على معناه، ويحصل الدوام فيه من مجرّد ثبوت النكاحيّة فيه.

وحينئذٍ فكلام المشهور والروايات مبنيّة على ذلك، ولا ينافيها شيء ممّا ذكروه من تبعيّة العقود للقصود ولا غيره، فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق رشيق.

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٨.

وكأنّ ما ذكره ابن إدريس[١] مبنيّ على دعوى دخول الانقطاع في مفهوم لفظ «متّعتك»، وقد تقدّم سابقاً[٢] ما يبطله.

فلا فرق حينئذٍ بين الصيغ الثلاثة كما هو مقتضى النصوص التي في بعضها خصوص هذا اللفظ[٣].

↑ ج ٣٠ / ١٧٤

بل من ذلك يعلم: فساد القول الرابع في المسألة، وهو: الفرق بين تعمّد ترك الأجل وبين الجهل به ونسيانه، فإن كان الأوّل انعقد دائماً، وإلّا بطل؛ بدعوى ظهور تعمّد الترك في إرادة الدوام، بخلاف الأخيرين.

ضرورة أنّ ذلك ـ بعد الإغضاء عمّا فيه من وجوه ـ خارج عمّا نحن فيه ممّا علم فيه إرادة المتعة ولكن لم يذكر الأجل ولو نسياناً أو حياءً... أو نحو ذلك.

كما أنّه من الإحاطة بما ذكرناه يعلم: ما في كلام جماعة من الأساطين[٤] الذين شدّدوا النكير على الأصحاب في صيرورة العقد دائماً بعدم ذكر الأجل، الذي قد عرفت وجهه.

---

(١) السرائر: النكاح / باب النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٠.

(٢) في ج ٣٠ ص ٢٣٥.

(٣) الكافي: النكاح / باب شروط المتعة ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٥، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١٨ من أبواب المتعة ح ١، وذيله في باب ٢٠ منها ح ٢ ج ٢١ ص ٤٣ و٤٧.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٧...، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٨.

نعم، لا يبعد البطلان مع فرض قصد العاقد الانقطاع من نفس الصيغة وأنّ الأجل إنّما يذكره كاشفاً لما أراده من اللفظ؛ ضرورة عدم قصد المطلق من النكاح حينئذٍ، فلا مقتضي لصيرورته دائماً، كما لا وجه لصيرورته منقطعاً؛ لعدم ذكر الأجل فيه، وقد عرفت أنّه شرط في صحّته، ويمكن حمل مضمر سماعة السابق على ذلك، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿تقدير الأجل إليهما طال أو قصر كالسنة والشهر واليوم﴾ لإطلاق الأدلّة الخالية عن تحديده قلّةً وكثرةً، بل صريح غير واحد منها[1] التعليق على ما شاءا من الأجل وتراضيا عليه.

مؤيّداً ذلك: بإطلاق الفتاوى على وجهٍ يمكن دعوى الإجماع عليه، وما عن ظاهر الوسيلة: من تقدير الأقلّ بما بين طلوع الشمس والزوال[2]، محمول على المثال، وإلّا كان محجوجاً بما عرفت.

نعم، قد يناقش بما[3] في المسالك[4] وكشف اللثام[5] وغيرهما[6] ـ من جواز جعله إلى وقت طويل يعلم عدم بقائهما إليه؛ للإطلاق المزبور، وعدم مانعيّة الموت ـ إن لم يكن إجماعاً: بأنّ المنساق من

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٢١ من أبواب المتعة ح ٣ و٤ ج ٢١ ص ٤٩.

(٢) الوسيلة: النكاح / نكاح المتعة ص ٣١٠.

(٣) الأولى التعبير بـ «ما».

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٤٩.

(٥) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٠.

(٦) كنهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٣٩. والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٤٧.

النصوص الواردة في المشروعيّة وفي اعتبار الأجل فيها غير ذلك، خصوصاً بعد عدم جواز مثله في الإجارة المشبّه بها المتعة[١]؛ ضرورة عدم القابليّة حينئذٍ للاستمتاع، فلا وجه لإنشاء تملّكه وتمليكه بالعوض، بل هو حينئذٍ شبه المعاملة السفهيّة، بل لا ريب في عدم مراعاة مثله في التوزيع؛ لعدم تحقّق حبس المنفعة فيه المقتضي للتوزيع الذي قد عرفته.

ج ٣٠ / ١٧٥

وكذا ما فيهما[٢] أيضاً: من جواز قلّته إلى حدّ اللحظة المضبوطة ونحوها ممّا لا تسع للجماع ونحوه؛ للإطلاق المزبور، وعدم انحصار فائدة النكاح في الجماع وإن كان هو معظم المقصود منه، بل من فوائده تحريم المصاهرة ونحوها. ومنه يعلم: جواز العقد متعة على الصغيرة التي لا يجوز وطؤها، وللصغير الذي لا قابليّة له للوطء.

بنحو ما سمعت من الشكّ في تناول الأدلّة لمثل ذلك ممّا لا يسع تحقّق ماهيّة الاستمتاع، والعقد للصغير وعلى الصغيرة بعد فرض الأجل القابل لتحقّق الاستمتاع كافٍ في الصحّة وإن لم يكونا قابلين لوقوع ذلك؛ ضرورة عدم اعتبارها بصغر أو مرض أو غيرهما فضلاً عن عدم وقوعها، إنّما المراد اعتبار زمان يسع لتحقّق ماهيّة الاستمتاع.

ولا ريب في أنّ الأحوط عدم الاكتفاء ـ في جريان أحكام المصاهرة ونحوها ـ بمثل هذا العقد، كما هو واضح، والله العالم.

---

(١) تقدّم ذلك في ص ٢٨٤.

(٢) انظر «المسالك» و«كشف اللثام» المتقدّمين آنفاً.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لابدّ أن يكون معيّناً محروساً من الزيادة والنقصان﴾ فلا يجوز أن يكون كلّيّاً كشهر من الشهور ويوم من الأيّام وسنة من السنين، ولا غير محروس من الزيادة والنقصان؛ كقدوم الحاجّ وإدراك الثمرة ونحوهما ممّا يمكن فيه طول الزمان وقصره المؤدّي إلى الجهالة عند المتعاقدين، بلا خلاف أجده فيه[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢].

مضافاً: إلى التصريح في النصوص المعتبرة باعتبار المعلوميّة والتسمية، بل قد يدّعى اعتبار معلوميّة الأجل في كلّ مقام يذكر فيه ـ فضلاً عن أن يكون شرطاً ـ وإن كان في العقود التي لا تقدح فيها الجهالة كالصلح ونحوه، كما لا يخفى على من تتبّع كلماتهم في سائر المقامات.

ج ٣٠ / ١٧٦

وإلى خبر بكّار بن كردم: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يلقى المرأة فيقول لها: زوّجيني نفسك شهراً ولا يسمّي الشهر بعينه، ثمّ يمضي فيلقاها بعد سنين؟ قال: فقال: له شهره إن كان سمّاه، وإن لم يكن سمّاه

---

(١) كما في التنقيح الرائع: النكاح / النكاح المنقطع ج ٣ ص ١٢٣.

(٢) نقل الإجماع في ظاهر الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٣٨.

وينظر المبسوط: النكاح / نكاح المتعة ج ٤ ص ٢٤٦، والمهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٢، والجامع للشرائع: النكاح / أحكام المتعة ص ٤٥٠، وتحرير الأحكام: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢١، وكفاية الأحكام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ١٦٩.

فلا سبيل له عليها»[1].

بل في مضمر زرارة أيضاً: عدم جوازه بالساعة والساعتين؛ لأنّه «لا يوقف على حدّهما...»[2] أي: العرفيّة، لا النجوميّة المعلوم انضباطها بسبب حركة الفلك وإن كان لا يعلم بالآلة المعدّة لذلك ـ لعدم انضباطها، واحتمال جريان عارض اختلالها ـ إلّا مع التعدّد ونحوه ممّا يفيد الطمأنينة في كثير من الأحيان، لكن عدم تيسّر ذلك في غالب الأوقات لا يقدح في جواز التأجيل بها متمسّكاً بالاستصحاب حتّى يعلم تحقّقها، أو بالاحتياط فيما إذا لم يعلم بانقضائها، هذا.

﴿و﴾ قد عرفت ممّا ذكرنا أنّه ﴿لو اقتصر على بعض يوم جاز، بشرط أن يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب﴾ أو بمقدار معيّن كالنصف والثلث ونحوهما، فيعملان حينئذٍ بما يعلمانه من ذلك مع اتّفاقه، وإلّا رجعا فيه إلى أهل الخبرة به، والظاهر اشتراط عدالة المخبر، نعم في اشتراط العدد وجهان.

وإن اشتبه الحال لم يخف طريق الاحتياط، وإن كان في تعيينه نظر: من أصالة عدم انقضاء المدّة إلّا أن يعلم، نحو ما سمعته في الساعة النجوميّة.

---

(١) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ٤ ج ٥ ص ٤٦٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٥ ج ٧ ص ٢٦٧، وسائل الشيعة: باب ٣٥ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٧٢.

(٢) الكافي: النكاح / باب ما يجوز من الأجل ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٩، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٥٨.

ولا يشترط ذكر وقت الابتداء في نحو ذلك ممّا هو محمول على الاتّصال بالعقد، فهو حينئذٍ أوّله كيفما اتّفق، ويغتفر الجهل بمقدار ما بقي من النهار أو الزوال أو الثلث أو النصف مثلاً، كما يغتفر اعتبار زيادة الشهر ونقصانه حيث يجعلانه شهراً مثلاً، بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك.

﴿و﴾ إنّما الكلام: في أنّه ﴿يجوز أن يعيّن شهراً﴾ مثلاً ﴿متّصلاً بالعقد أو[1] متأخّراً عنه﴾ بمدّة طويلة أو قصيرة، أو لا يجوز إلّا المتّصل؟

صريح الفاضل[2] وجماعة ممّن تأخّر عنه[3] الجواز، بل نسبه غير واحد[4] إلى ظاهر الأكثر؛ لإطلاق الأدلّة وعمومها، وخصوص خبر بكّار[5] المنجبر بما سمعت، والتشبيه بالإجارة[6]، التي يجب الخروج بها عن:

↑ ج ٣٠ / ١٧٧

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: و.

(٢) إرشاد الأذهان: النكاح / في المتعة ج ٢ ص ١١، قواعد الأحكام: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٢.

(٣) كالمقداد في التنقيح: النكاح / النكاح المنقطع ج ٣ ص ١٢٤، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٨ ـ ٢٩، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٥١، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧١٩ ج ٢ ص ٢٦١.

(٤) كالفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨١، ونسبه إلى المشهور في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٤٨.

(٥) تقدّم في ص ٣١١.

(٦) تقدّم في ص ٢٨٤.

أصالة بقاء البضع على الحرمة.

وقاعدة الاحتياط في الفروج التي لا يجب مراعاتها أوّلاً، وعدم تماميّتها في القول بالبطلان ثانياً.

وقاعدة توقيفيّة الوظائف الشرعيّة.

وقاعدة ترتّب آثار العقد بمجرّد وقوعه، الممنوعة هنا؛ ضرورة أنّ أثر العقد أن يجري أحكام المتعة في المدّة المسمّاة متّصلة أو منفصلة.

كمنع دعوى[1] منافاة ذلك للتنجيز؛ ضرورة عدم اشتراط العقد بذلك، وإنّما الاستمتاع مشروط بإتيان الوقت المضروب، كما يستأجر الرجل للحجّ من قابل.

بل ومنع لزوم جواز التمتّع بها لغيره في البين؛ لصدق كونها ذات بعل، وإلّا فلا دليل على بطلان اللازم، فلا بأس حينئذٍ بالتزامه، كما استظهره الكركي[2] وغيره[3].

ولكنّ الإنصاف مع ذلك في النفس من أصل جواز ذلك شيء؛ للشكّ في تناول ما عثرنا عليه من نصوص المقام، بل لعلّ ما تسمعه فيما يأتي[4] ـ من عدم جواز عقد الزوج عليها فضلاً عن غيره قبل انقضاء أجله بأجل آخر أو مهر كذلك في النصّ والفتوى ـ مؤيّد[5] لذلك؛

---

(١) ذكرت وأجيب عنها في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٢.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٢٩.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٥٢.

(٤) في ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٥) في بعض النسخ: مؤيّداً.

ضرورة أولويّته بجواز المنفصل.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ المانع هناك الجمع بين الأجلين، كما يومئ إليه تعليل الفساد في بعض نصوصه[١] أنّهما شرطان في شرط، فلاحظ وتأمّل. لكن ستعرف هناك ما يدفع هذا الاحتمال.

ومنه يعلم: وجه تأييده لما قلناه من ظهور الاتّصال من الأدلّة له.

↑ ج ٣٠ / ١٧٨

بل لعلّ ما ورد منها بلفظة «إلى أجل» ـ نحو «فما استمتعتم به منهنّ إلى أجل»[٢] وشبهه ـ ظاهر في اعتبار اتّصال الأجل وأنّه المراد من النكاح المنقطع في مقابلة الدائم، بمعنى: أنّ غيره يبقى على دوامه والمتعة يقطع فيها الدوام، ومع فرض ظهور الأدلّة في ذلك لا وجه للتمسّك بالإطلاقات والعمومات، والخبر المزبور فاقد شرط الحجّيّة، ولعلّه لذا قيل بالبطلان لا للوجوه المزبورة.

بل يمكن دعوى عدم ظهور عبارات الأكثر في الجواز بناءً على انصراف ما ذكروه ـ من اعتبار الأجل ـ فيها إلى ما هو المنساق منه أي المتّصل به، بل لعلّ إغفال النصوص والفتاوى عدم تعيين المبدأ مبنيّ على اعتبار الاتّصال؛ وإلّا لذكروه كما ذكروا تعيين الغاية، بل لعلّ الانسياق المزبور أشدّ من انسياق الاتّصال فيما لو ذكر الأجل المطلق في متن العقد الذي ستعرف كونه من المسلّمات عندهم.

نعم، قد يقال بالصحّة بناءً على تحقّق الزوجيّة بالعقد على وجهٍ

---

(١) كما في خبر أبان الآتي في ص ٣٥٨.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب المتعة ح ٣ و١٣ و١٩ و٢٠ ج ٢١ ص ٥ و٨ و٩ و١٠.

يحصل بها حرمة المصاهرة وغيره من استحقاق المهر بالموت وغيره، ويكون الأجل المتأخّر حينئذٍ إنّما هو لتأخير نفس الاستمتاع بناءً على صحّة مثل هذا الشرط لعموم «المؤمنون...»[١]، بل يمكن حمل خبر بكّار[٢] عليه، ولعلّ من منع من جواز تزويجها في البين ناظر إلى ذلك فيكون موافقاً، بل يمكن تنزيل كلام الجميع على ذلك إلّا من صرّح بجواز تزويجها في البين، فإنّه حينئذٍ يكون صريحاً في تأخّر وصف الزوجيّة بتأخّر الأجل.

وفيه ما عرفت، بل لم نتحقّق القائل به، قال في القواعد: «لو عقد على امرأة على مدّة متأخّرة لم يكن لها النكاح فيما بينهما، ولا له أن ينكح أُختها، وإن وفت المدّة بالأجل والعدّة»[٣]. ونحوه المحكي عن ابن إدريس[٤] والمصنّف في النكت[٥].

↑ ج ٣٠ / ١٧٩

وقال فيها أيضاً: «لو مات ـ أي الزوج ـ فيما بينهما، احتمل: بطلان العقد رأساً، فلا مهر لها ولا عدّة ولا ميراث إن أوجبناه مطلقاً أو مع الشرط، وعدمه فيثبت النقيض»[٦].

وفيه: أنّ المتّجه بناءً على ما عرفت البطلان من حينه، فيترتّب عليه

(١) يأتي كاملاً في ص ٣٢٤.
(٢) تقدّم في ص ٣١١.
(٣) قواعد الأحكام: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٤.
(٤) السرائر: النكاح / باب النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٣.
(٥) النهاية ونكتها: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٨٠.
(٦) انظر «القواعد» المتقدّم آنفاً.

الأثر حينئذٍ حتّى المهر، وإن قال في كشف اللثام: «إنّ في ترتّبه نظراً ظاهراً»[١]، لكنّه في غير محلّه؛ ضرورة كونها حينئذٍ زوجة ولكن مات زوجها قبل حصول شرط الاستمتاع، فالاستمرار انقطع بالموت، لا أنّه انكشف من أوّل الأمر أنّها ليست زوجة؛ لما عرفت من بطلان ذلك، وربّما تسمع لذلك مزيد تحقيق إن شاء الله.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ الاحتياط عدم إيقاع مثل هذا العقد وإجراء الأحكام عليه، كما هو واضح، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو أطلق﴾ بأن قالت: «زوّجتك نفسي إلى شهر» مثلاً ﴿اقتضى﴾ الإطلاق ﴿الاتّصال بالعقد﴾ لدلالة العرف وأصالة الصحّة، كما في الإجارة وغيرها، وظهور خبر بكّار[٢] في ذلك؛ لأنّ الفرض وقوع المطالبة بشهره بعد مضيّ الشهر، إذ لولا الحكم بالاتّصال لبقي الشهر في ذمّتها.

اللّهمّ إلّا أن يجعل نفي السبيل فيه كناية عن بطلان العقد؛ لاستلزامه نفي السبيل أيضاً، لكنّه كما ترى.

فما عن ابن إدريس: من البطلان للجهل بالأجل باعتبار احتماله الاتّصال والانفصال[٣]، واضح الضعف بعد ما عرفت من دلالة العرف على الاتّصال، نحو التأجيل بالخميس وربيع ونحوهما ممّا يحمل

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٩٤.
(٢) تقدّم في ص ٣١١.
(٣) السرائر: النكاح / باب النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٣.

ـ على الأقرب فيه أيضاً ـ على الأقرب إليه منهما .

وحينئذٍ ﴿فلو تركها حتّى انقضى قدر الأجل المسمّى﴾ الذي حكمنا باتّصاله حال إطلاقه ﴿خرجت من[1] عقده واستقرّ لها الأجر[2]﴾ كغيرها ممّا صرّح فيها بالأجل المخصوص وتركها فيه . نعم ، استقرار تمام الأجر مبنيّ على ما ستعرفه من اعتبار هبة المدّة قبل الدخول في التنصيف ، لا مطلق الفرقة قبله ولو بانقضاء الأجل مع تقصيره في الاستيفاء .

↑ ج ٣٠ / ١٨٠

وعلى كلّ حال ، فليس له مطالبتها بعد انقضائه بغيره ؛ لما عرفت من قضاء العرف بتشخّصه ، بل قد عرفت في السابق[3] بطلان العقد بالأجل الكلّي أي الشهر من الشهور ، والله العالم .

﴿ولو﴾ ترك التعيين بالأجل بل ﴿قال:﴾ اُواقعك ﴿مرّة أو مرّتين﴾ مثلاً ﴿ولم يجعل ذلك مقيّداً بزمان﴾ على وجهٍ يكون أجلاً لعقد المتعة ، ويكون ذكر المرّة والمرّتين شرطاً فيه ؛ بمعنى : عدم استحقاقه الزائد مطلقاً أو مع عدم إذنها ﴿لم يصحّ﴾ متعةً ؛ لما عرفت من اعتبار الأجل فيها ، والمشروط عدم عند عدم شرطه .

﴿وصار دائماً﴾ بناءً على ما ذكرنا من التحقيق في فاقد الأجل ، وتعيين المرّة والمرّتين هنا لا يقتضي إرادته المنقطع من لفظ الصيغة

---

(١) في نسخة الشرائع: عن.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: الأُجرة.

(٣) في ص ٣١١.

على وجهٍ يكون الأجل كاشفاً؛ كي يتّجه البطلان هنا وإن قلنا بالصحّة هناك، خصوصاً بعد جواز اشتراط المرّة والمرّتين في الدائم أيضاً كالمتعة، فلا محيص حينئذٍ عن القول بالدوام هنا من القول به هناك.

ويؤيّده: ـ مضافاً إلى ما سمعت ـ خبر هشام بن سالم المتقدّم سابقاً[١] الوارد في خصوص الفرض.

﴿و﴾ لكن ﴿في﴾ مقابل ما عرفتـ﴿ـه رواية دالّة على الجواز، وأنّه لا ينظر إليها بعد إيقاع ما شرطه، وهي﴾:

خبر القاسم بن محمّد عن رجل سمّاه قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يتزوّج المرأة على عرد[٢] واحد؟ فقال: لا بأس، ولكن إذا فرغ فليحوّل وجهه ولا ينظر إليها»[٣].

وخبر خلف بن حمّاد قال: «أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام: كم أدنى أجل المتعة؟ هل يجوز أن يتمتّع الرجل بشرط مرّة واحدة؟ قال: نعم»[٤].

وخبر زرارة: «قلت له: هل يجوز أن يتمتّع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين؟ فقال: الساعة والساعتان لا يوقف على حدّهما، ولكن

---

(١) في ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٢) العرد: المرّة الواحدة من المواقعة. مجمع البحرين: ج ٣ ص ١٠١ (عرد).

(٣) الكافي: النكاح / باب ما يجوز من الأجل ح ٥ ج ٥ ص ٤٦٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٤ ج ٧ ص ٢٦٧، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٥٩.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٥.

العرد والعردين واليوم واليومين والليلة... وأشباه ذلك»[١].

إلّا أنّها ﴿مطّرحة؛ لضعفها﴾ وعدم معرفة القائل بها سوى ما يحكى عن الشيخ في التهذيبين: من حمل هذه الأخبار على الرخصة وأنّ الأحوط والأولى إضافة المرّة ونحوها إلى أجل معيّن[٢].

ج ٣٠ / ١٨١

قلت: بل يمكن حمل خبر خلف منها عليه بل وغيره ـ وإن بعد ـ سيّما خبر القاسم، إلّا أنّه لا بأس به بعد قوّة المعارض من النصّ والإجماع بقسميه على اعتبار الأجل.

نعم، أبطله جماعة[٣] هنا دائماً ومتعةً على حسب ما عرفته سابقاً في ترك الأجل، بل ظاهر بعضهم[٤] وصريح آخر[٥] أولويّة ما هنا من البطلان هناك.

﴿و﴾ فيه ما سمعت ممّا علم منه أنّه ﴿لو عقد على هذا الوجه انعقد دائماً، و﴾ أنّه ﴿لو قرن ذلك بمدّة صحّ متعةً﴾ بلا إشكال ولا خلاف.

---

(١) الاستبصار: النكاح / باب ٩٩ مقدار ما يجزي من ذكر الأجل ح ٣ ج ٣ ص ١٥١، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٤٥٩، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٥٨.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ذيل ح ٧٣ ج ٧ ص ٢٦٦، الاستبصار: (الهامش السابق: ذيل ح ٤ ص ١٥٢).

(٣) كالعلّامة في القواعد: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ٥٣، والمقداد في التنقيح: النكاح / النكاح المنقطع ج ٣ ص ١٢٥.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٠.

(٥) كالعلّامة في المختلف: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢١٩، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٥٤.

نعم، لو اشترط ذلك في وقت معيّن بحيث يكون ظرفاً له كاليوم مثلاً ـ بمعنى: أنّه لا يقع خارجه شيء، وأنّه متى انتهى العدد المشروط فيه بانت منه كما أنّها تبين بانقضائه وإن لم يفعل ـ اتّجه البطلان حينئذٍ؛ لجهالة الأجل على وجهٍ يحتمل الزيادة والنقصان، لكون الفرض تقييده بانقضاء العدد.

خلافاً للمحكي[1] عن الشيخ في النهاية من الصحّة، مع أنّا لم نتحقّقه؛ لأنّ الموجود فيها ما لفظه ـ بعد أن ذكر اعتبار الأجل فيها ـ قال: «وأمّا الأجل فما تراضيا عليه من شهر أو سنة أو يوم، وقد روي: أنّه يجوز أن يذكر المرّة والمرّتين، والأحوط ما قدّمناه من أنّه يذكر يوماً معلوماً أو شهراً معيّناً، فإن ذكر المرّة والمرّتين جاز ذلك إذا أسنده إلى يوم معلوم، فإن ذكر المرّة مبهمة ولم يقرنها بالوقت كان العقد دائماً...»[2] إلى آخره.

ولا ريب في إرادته من الإسناد إلى يوم معلوم ـ بقرينة اعتبار الأجل ـ ضرب الأجل للمتعة أو اشتراطها فيه؛ لا أنّ المراد الأعمّ من ذلك ومن جعلهما أجلاً واليوم ظرفاً، كما فهمه منه الفاضل في المختلف، حيث إنّه ـ بعد أن حكى عنه ما سمعت ـ قال: «والحقّ البطلان في الجميع»[3] معلّلاً له بالجهالة، ثمّ

(١) حكاه عنه في مسالك الأفهام: (الهامش السابق: ص ٤٥٥).

(٢) النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢١٩.

قال[١]: «ويجيء على قول الشيخ بانعقاد المشروط فيه المرّة المبهمة دائماً صحّته هنا كذلك؛ لأنّ الأجل المجهول باطل فيساوي غير المذكور».

وفيه: أنّ الفرق بينهما واضح؛ ضرورة بطلان العقد بذكر الأجل المجهول فيه الذي هو الشرط الباطل، بخلاف ما إذا لم يذكر الأجل فيه أصلاً، فإنّه لا بطلان للعقد فيه بذلك، فيتمّ حينئذٍ قصد النكاحيّة للعاقد التي هي مقتضي الدوام كما عرفته مفصّلاً، والله العالم.

ج ٣٠ / ١٨٢

﴿وأمّا أحكامه فثمانية﴾

﴿الأوّل: إذا ذكر المهر والأجل صحّ العقد﴾ من هذه الحيثيّة بلا خلاف[٢] ولا إشكال.

كما أنّه لا خلاف[٣] ﴿و﴾ لا إشكال في أنّه ﴿لو أخلّ بالمهر مع ذكر الأجل بطل العقد﴾ لما عرفته من كون ذكر المهر شرطاً في صحّة هذا العقد، والمشروط عدم عند عدم شرطه.

﴿ولو أخلّ بالأجل حسب﴾ فلم يذكره ﴿بطل متعةً﴾ أيضاً لذلك

---

(١) السياق يعطي رجوع الضمير المستتر إلى الفاضل في المختلف، إلّا أنّها من كلام الشهيد الثاني بعد نقله لعبارة المختلف، فيتخيّل من يقرأها أنّها استمرار لكلام العلّامة، انظر مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٥٥ ـ ٤٥٦.

(٢ و٣) ينظر المبسوط: النكاح / نكاح المتعة ج ٤ ص ٢٤٦، والسرائر: النكاح / باب أقسام النكاح ج ٢ ص ٥٥٠، وغنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٥، والجامع للشرائع: النكاح / أحكام المتعة ص ٤٥٠، وتحرير الأحكام: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٠.

﴿و﴾ لكن هل ﴿انعقد دائماً﴾ أو لا؟ فيه[1] البحث السابق.

﴿الثاني: كلّ شرط يشترط فيه﴾ ممّا هو سائغ، سواء كان شرطاً للموجب أو القابل ﴿فلابدّ﴾ في لزوم الوفاء به من ﴿أن يقترن[2] بالإيجاب والقبول﴾ كغيره من العقود؛ ليكون من جملة العقد المأمور بالوفاء به.

﴿ولا حكم لما يذكر قبل العقد﴾ خاصّة إجماعاً في الرياض[3] ﴿ما لم يُستعد فيه﴾ أي العقد على وجهٍ يكون من جملته؛ لـ:

الموثّق عن الصادق عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، وما كان بعد النكاح فهو جائز...»[4].

ونحوه الآخر عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوّج المرأة متعة: «إنّهما يتوارثان ما لم يشترطا، وإنّما الشرط بعد النكاح»[5].

وموثّق ابن بكير: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به، وأوجبت التزويج، فاردد عليها شرطك

---

(١) في بعض النسخ: وفيه.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يقرن.

(٣) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٣٦.

(٤) الكافي: النكاح / باب في أنّه يحتاج أن يعيد ح ١ ج ٥ ص ٤٥٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٥٩ ج ٧ ص ٢٦٢، وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٤٦.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٤٧.

↑ الأوّل بعد النكاح، فإن أجازته فقد جاز، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشروط قبل النكاح»[١]. ج ٣٠ / ١٨٣

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على عدم اعتبار ما كان قبل النكاح من الشرط.

بل ربّما ظهر من بعضهم[٢] ذلك وإن كان مضمِراً لهما، فيكون هذا الحكم حينئذٍ خاصّاً في المقام بناءً على اعتبار الشروط المضمَرة في غيره.

كما أنّ المحكي عن آخر[٣]: مساواة المقام لغيره في اعتبار المضمَر بناءً على القول به، فتحمل النصوص المزبورة حينئذٍ على ما كان من الشروط سابقاً ولم يكن مضمراً حال العقد على وجهٍ يكون مبنيّاً عليه.

ولعلّ هذا أولى؛ لاستبعاد اختصاص المقام عن غيره بذلك، وعدم وفاء النصوص به؛ ضرورة عدم صدق كون الشرط قبل النكاح خاصّة بعد فرض قصده في أثنائه مدلولاً عليه بالقرائن الحاليّة.

وعلى كلّ حال، فلا عبرة بالشرط السابق من حيث سبقه؛ لعدم المقتضي للزومه، ضرورة كون المراد من قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٤] ما يشترطونه في العقد اللازم مثلاً الذي قد

(١) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣، و«الوسائل»: ح ١ ص ٤٥.

(٢) كفخر الدين في الإيضاح: النكاح / في المتعة ج ٣ ص ١٣٠.

(٣) قد يستفاد ذلك من إشكالٍ ذكره في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٤٦.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح/باب ٣١ المهور ح٦٦ ج٧ ص ٣٧١، وسائل الشيعة: باب ٢٠ ←

أُمرنا[١] بالوفاء به ؛ إذ الشرطيّة لا يتحقّق معناها مع الاستقلال ، لظهور إرادة الفرعيّة منها . ومع تسليم اقتضاء ذلك اللزوم فلابدّ من تخصيصه بالنصوص المزبورة .

نعم ، قد يقال : إنّها منافية لما ذكره المصنّف ﴿و﴾ غيره[٢]، بل المشهور[٣] على أنّه ﴿لا﴾ حكم أيضاً ﴿لما يذكر بعده﴾ أي العقد من الشروط خاصّة ، بل في الرياض : «لم يقل أحد بذلك حتّى الشيخ في النهاية ؛ لاعتباره فيها ذكر الشروط في العقد البتّة ، وإنّما أوجب ذكرها بعد العقد ثانية ، ولم يكتف بذكرها فيه خاصّة»[٤].

نعم ، حكي عنه في التهذيب الاكتفاء بذلك[٥]، إلّا أنّه ـ كما ترى ـ قول شاذّ .

ويمكن إرادته المتّصلة بالعقد على وجهٍ يكون من متعلّقات القبول ، فإنّه لا إشكال حينئذٍ في لزومه ، بل يمكن حمل النصوص المزبورة

← من أبواب المهور ح ٤ ج ٢١ ص ٢٧٦، عوالي اللآلي: ح ١٧٣ ج ١ ص ٢٩٣، تلخيص الحبير: ج ٨ ص ٣٣٩، كشف الخفاء: ذيل ح ٢٣٠٢ ج ٢ ص ٢٠٩، كشّاف القناع: ج ٤ ص ٧٣، عمدة القاري: ج ١٢ ص ٩٤.

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) كالعلّامة في التحرير: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٤، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣١.

(٣) نسبه إلى المشهور في موضع من الرياض: (انظر الهامش اللاحق)، وإلى أكثر الأصحاب في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٦٧.

(٤) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٣٨.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ذيل ح ٦٣ ج ٧ ص ٢٦٣.

عليه أيضاً.

أو على ما ذكره غير واحد من الأصحاب[١] من إرادة الإيجاب والقبول من النكاح فيها، كما أومأ إليه موثّق ابن بكير السابق[٢]، وأوضح منه ما عن فقه الرضا عليه السلام من أنّه ـ بعد أن ذكر سؤالها وخلوّها عن الزوج والعدّة ـ قال: «وإذا كانت خالية من ذلك قال لها: تمتّعيني نفسك على كتاب الله ـ إلى أن قال: ـ فإذا أنعمت قلت لها: متّعيني نفسك وتعيد جميع الشروط عليها؛ لأنّ العقد[٣] الأوّل خطبة وكلّ شرط قبل النكاح فاسد، وإنّما ينعقد الأمر بالقول الثاني، فإذا قالت في الثاني: نعم، دفع إليها المهر أو ما حضر منه، وكان ما بقي ديناً عليك، وقد حلّ لك وطؤها»[٤]. قيل: «ونحوه المروي في البحار من خبر المفضّل[٥]»[٦].

ج ٣٠ / ١٨٤

أو على إرادة خصوص زيادة الأجل بزيادة المهر بعد العقد، كما عساه يومئ إليه خبر محمّد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله

---

(١) كالعلّامة في المختلف: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٣٦، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٢.

(٢) في ص ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٣) في المصدر: القول.

(٤) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٢، مستدرك الوسائل: باب ١٤ من أبواب المتعة ح ٢ ج ١٤ ص ٤٦١.

(٥) بحار الأنوار: النكاح / باب ٩ ح ١١ ج ١٠٠ ص ٣٠٤.

(٦) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٢٣٧.

تعالى: (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة)[١]؟ قال: ما كان[٢] بعد النكاح فهو جائز، وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلّا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به»[٣] أي بعد النكاح، وكذا قوله عليه‌السلام: «إلّا برضاها» أي بعد النكاح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لا يشترط﴾ في وجوب الوفاء به ﴿مع ذكره في العقد إعادته بعده﴾ وفاقاً للمشهور[٤]؛ لعموم «المؤمنون...»[٥] وغيره[٦].

﴿و﴾ لكن ﴿من الأصحاب﴾ وهو الشيخ في النهاية على ما قيل[٧] ﴿من شرط﴾ ذلك بـ﴿إعادته بعد العقد﴾ للنصوص المزبورة ﴿وهو بعيد﴾ لما عرفته من عدم دلالتها على ذلك أي اعتبار التكرار المزبور، كما هو واضح.

نعم، قد يقال: إنّ عبارة النهاية ليست كما حكي عنها، قال فيها: «كلّ شرط يشترطه الرجل على امرأة إنّما يكون له تأثير بعد ذكر العقد،

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٢) في المصدر بدل «كان»: تراضوا به من.

(٣) الكافي: النكاح / باب في أنّه يحتاج أن يعيد ح ٢ ج ٥ ص ٤٥٦، وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٤٦.

(٤) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٤.

(٥) تقدّم في ص ٣٢٤.

(٦) سورة المائدة: الآية ١.

(٧) كما في مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٥٧.

فإن ذكر عند الشروط وذكر بعدها العقد كانت التي قدّم ذكرها باطلة لا تأثير لها، فإن كرّرها بعد العقد ثبتت على ما شرط»[1]؛ ضرورة عدم تعرّضه للمذكور في أثناء العقد، بل هو: إمّا مكتفٍ بذكر الشروط بعد العقد ـ كما هو ظاهر النصوص المزبورة وحكي عن التهذيب[2] ـ أو معتبرٍ للتكرير بذكر الشرط قبل العقد وبعده، وكيف كان فهو منافٍ لقواعد المذهب وفتاوى الأصحاب.

ج ٣٠ / ١٨٥

﴿الثالث: للبالغة[3] الرشيدة أن تمتّع نفسها، وليس لوليّها اعتراض، بكراً كانت أو ثيّباً على الأشهر﴾ الأظهر، الذي قد عرفت تمام البحث فيه سابقاً.

﴿الرابع: يجوز﴾ لها وله ﴿أن يشترط عليها﴾ وعليه ﴿الإتيان ليلاً أو نهاراً، وأن يشترط المرّة أو[4] المرّات في الزمان المعيّن﴾ وغير ذلك من الشرائط السائغة التي هي غير منافية لمقتضى العقد، نعم هي منافية لمقتضى إطلاقه كما في كلّ شرط سائغ.

وقد سأل عمّار بن مروان الصادق عليه السلام عن امرأة تزوّجت[5] نفسها من رجل على أن يلتمس منها ما شاء إلّا الدخول، فقال: «لا بأس،

---

(١) النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ذيل ح ٦٣ ج ٧ ص ٢٦٣.

(٣) في نسخة المسالك: للبالغ.

(٤) في بعض النسخ: و.

(٥) في بعض النسخ: زوّجت.

ليس له إلّا ما اشترط»[1].

وهو ـ كغيره ـ صريح فيما ذكرناه من عدم منافاة ذلك ونحوه مقتضى العقد.

نعم، لو أسقط حقّه من له الشرط فالظاهر السقوط، كما أومأ إليه خبر إسحاق بن عمّار قال للصادق عليه السلام: «رجل تزوّج بجارية على أن لا يفتضّها، ثمّ أذنت له بعد ذلك؟ فقال: إذا أذنت له فلا بأس»[2].

فما عن بعضهم: من عدم الجواز[3] للزوم الشرط، ولأنّ العقد إنّما سوّغ ما عداه، لا يخفى ما فيه، بل الظاهر لحوق الولد به مع عدم الوفاء بالشرط وإن أثم وقلنا بترتّب مهر عليه للوطء المشروط عليه عدمه، لكنّ ذلك لا يخرج الزوجة عن كونها زوجة له.

ولو لم يشترط هو ولا اشترطت هي عليه فله ما شاء في الأجل، وليس لها الامتناع عنه في أيّ وقت شاء إذا لم يكن لها مانع شرعي. نعم، الظاهر أنّه لا سلطنة له عليها ـ مدّة عدم استمتاعه ـ بنهي عن الخروج عن دار أو بلد أو نحو ذلك كما في الدائم، والله العالم.

↑ ج ٣٠ / ١٨٦

---

(١) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ٩ ج ٥ ص ٤٦٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٨٥ ج ٧ ص ٢٧٠، وسائل الشيعة: باب ٣٦ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٧٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦١٢ ج ٣ ص ٣٦٦، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٣٣.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٤٣.

﴿الخامس: يجوز العزل للمتمتّع[١]﴾ إجماعاً بقسميه[٢] على ذلك ﴿و﴾ على أنّه ﴿لا يقف على إذنها﴾ نعم الأولى له الاشتراط عليها؛ لتضمّن الأخبار[٣] له.

﴿و﴾ لكن ﴿يلحق الولد به لو حملت وإن عزل﴾ بلا خلاف أجده فيه[٤]، بل الإجماع بقسميه عليه[٥] ﴿لاحتمال سبق المني من غير تنبّه﴾ والولد للفراش، وللنصوص[٦]، وكذا في كلّ وطء صحيح أو شبهة.

﴿و﴾ لكن ﴿لو نفاه عن نفسه﴾ وإن لم يعزل فضلاً عمّا إذا عزل ﴿انتفى ظاهراً﴾ لا فيما بينه وبين ربّه المطّلع على ما في قلبه ﴿ولم يفتقر إلى اللعان﴾ بلا خلاف[٧]، بل الإجماع أيضاً بقسميه

---

(١) في نسخة المسالك: للمستمتع.

(٢) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٥ ـ ٣٥٦، وجامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٣، ومسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٦٠، ونهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٤٨.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ٥ و٦، وباب ٣٣ منها ح ٢ ج ٢١ ص ٤٤ و٤٥ و٦٩.

(٤) انظر النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٨١، والسرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٤، وإرشاد الأذهان: النكاح / في المتعة ج ٢ ص ١٢، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الرابع ص ١٩٣.

(٥) نقل الإجماع في رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٤٠.
وانظر في القسم الآخر من الإجماع: بعد ثلاثة هوامش.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٣ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٦٩.

(٧) كما في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٥.

عليه[١]، مضافاً إلى النصوص[٢]. نعم، لا يجوز له النفي إلّا مع العلم بالانتفاء وإن عزل أو اتّهمها أو ظنّ الانتفاء بالقرائن.

فما في الحدائق: من احتمال اللحوق حتّى مع النفي لإطلاق النصوص[٣]، في غير محلّه قطعاً؛ ضرورة معلوميّة كونها أنقص فراشاً من الدائمة التي ينتفي الولد عنه بنفيه مع اللعان، فهي بطريق أولى؛ و[٤]لأنّه لمّا أطلق في النصّ الآتي[٥] عدم لعانها علم حينئذٍ انتفاء الولد بدونه، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ١٨٧

نعم، الظاهر أنّ نفيه يقتضي الانتفاء إذا لم يعلم إثمه فيه بصدوره منه مع الاحتمال، وإلّا كان نفيه لغواً، لا أنّه يأثم وينتفي الولد عنه كما قد يتوهّم؛ لإطلاق ما دلّ على لحوقه به المقتصر في تقييده على المتيقّن، وهو النفي الذي لم يعلم حاله، والله العالم.

---

(١) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٦١، وكشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٦، وظاهر كفاية الأحكام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ١٧٢.

وينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٦، وتحرير الأحكام: النكاح / نكاح المتعة ج ٣ ص ٥٢٥، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل الرابع ج ٥ ص ٢٨٨، ونهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٤٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من كتاب اللعان ج ٢٢ ص ٤٣٠.

(٣) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٧٣.

(٤) ليست في بعض النسخ.

(٥) في ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

﴿السادس:﴾ لا خلاف نصّاً[١] وفتوى[٢] في أنّه ﴿لا يقع بها طلاق و﴾ أنّها ﴿تبين بانقضاء المدّة﴾ أو هبتها على وجهٍ ليس له الرجوع في العدّة، وليس ذلك طلاقاً قطعاً وإن أُطلق عليه في بعض النصوص[٣] المعلوم إرادة حكم الطلاق في خصوص البينونة.

ومن الغريب توقّف بعض المتفقّهة من الأعاجم[٤] في أنّ له حكم الطلاق أيضاً بالنظر إلى عدم جواز وقوع الهبة من وليّ الطفل، وهو كما ترى.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لا يقع بها إيلاء﴾ على المشهور[٥]؛ لمخالفة أحكامه للأصل، فيقتصر فيها على موضع اليقين، وليس هو إلّا الدائمة؛ فإنّ الآية بقرينة قوله تعالى فيها: «وإن عزموا الطلاق»[٦] ظاهرة في تخصيص المؤلى عليها بالقابلة للطلاق، فلا تدخل المتمتّع بها، نحو ما ورد في اعتبار الدوام في التحليل[٧] بأنّ قوله تعالى فيها:

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٣ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٧٧.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٤، وظاهر كشف الرموز: النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ١٥٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ٣ ج ٢١ ص ٤٤.

(٤) كبعض علماء قزوين الذين تلمذوا على يد السيّد المجاهد كما نقله في المناهل: النكاح / النكاح المنقطع ص ٥٥٢.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٧٤.

(٦) سورة البقرة: الآية ٢٢٦ وما بعدها.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من أبواب أقسام الطلاق ج ٢٢ ص ١٣١.

«فإن طلّقها...»[١] إلى آخره ظاهر في القابلة للطلاق وهي الدائمة، ولأنّ من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء، وهو هنا منتفٍ؛ لعدم استحقاقها إيّاه ولو زاد على الأربعة أشهر. نعم، لا إشكال في جريان أحكام اليمين على ذلك لإطلاق أدلّته، إنّما المراد نفي أحكام الإيلاء.

فما عن المرتضى[٢]: من وقوعه بها ـ مع أنّا لم نتحقّقه، بل المحكي من كلامه في الانتصار[٣] صريح في خلافه؛ للآية[٤] بعد معلوميّة كونها من النساء، وعدم اقتضاء قوله تعالى: «وإن عزموا الطلاق»[٥] التخصيص ـ واضح الضعف؛ لما عرفت.

﴿ولا﴾ يقع بها ﴿لعان على الأظهر﴾ الأشهر[٦]، بل المشهور[٧]، بل حكى غير واحد[٨] الاتّفاق عليه لنفي الولد، وإن كان فيه: أنّه منافٍ للمحكي عن صريح الجامع[٩] من وقوعه.

نعم، يردّه: صحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: «لا يلاعن

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٠.

(٢) نقله عنه في إيضاح الفوائد: النكاح / في المنقطع ج ٣ ص ١٣١.

(٣) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧٧.

(٤ و ٥) سورة البقرة: الآية ٢٢٦ و ٢٢٧.

(٦) كما في رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٤١.

(٧) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٦.

(٨) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٦٢، ونفى الخلاف في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٥.

(٩) الجامع للشرائع: النكاح / أحكام المتعة ص ٤٥٢.

الرجل امرأته التي يتمتّع بها»[(١)]، وصحيح ابن سنان عنه عليه‌السلام أيضاً: «لا يلاعن الحرّ الأمة، ولا الذمّيّة، ولا التي يتمتّع بها»[(٢)].

كما أنّهما يردّان المفيد[(٣)] والسيّد[(٤)] فيما حكي عنهما من وقوعه للقذف؛ ضرورة إطلاقهما، ومع فرض كون التعارض بينهما وبين ما دلّ عليه من وجه فلا ريب في أنّ الترجيح لهما بالشهرة العظيمة ومخالفة أحكام اللعان للأصل.

﴿وفي الظهار تردّد﴾: من صدق الزوجيّة، فتندرج في إطلاق الأدلّة وعمومها، ومن كون أحكامه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، ولأنّ من لوازمه الإلزام بالفئة[(٥)] أو الطلاق، وليس هنا؛ إذ لا حقّ لها في الوطء، مع أنّه لا يقع بها طلاق، وقيام هبة المدّة مقامه لا دليل عليه.

﴿أظهره﴾ عند المصنّف ﴿أنّه يقع﴾ بها وفاقاً للمحكي عن

---

(١) الكافي: الطلاق / باب اللعان ح ١٧ ج ٦ ص ١٦٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ من الزيادات ح ١٠٠ ج ٧ ص ٤٧٢، وسائل الشيعة: باب ١٠ من كتاب اللعان ح ١ ج ٢٢ ص ٤٣٠.

(٢) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٨ اللعان ح ١٢ ج ٨ ص ١٨٨، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢).

(٣) قاله في المسائل الغريّة على ما نقله في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٤) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧٦.

(٥) في بعض النسخ: بالفيئة.

الأكثر[١]، ومنهم ابن إدريس في بعض فتاواه[٢] ـ وخلافاً له أيضاً[٣] وابني أبي عقيل[٤] والجنيد[٥] ـ لانقطاع الأصل بإطلاق الأدلّة وعمومها، والإلزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص؛ إذ من الجائز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين، وهو الدائمة، وكذا المرافعة دون غيرها، فيبقى أثره فيها باقياً وهو اعتزالها.

ج ٣٠ / ١٨٩

لكن فيه: أنّه منافٍ لمرسل ابن فضّال عن الصادق عليه السلام: «لا يكون الظهار إلّا على مثل موضع الطلاق»[٦]، واحتمال أنّها من المثل كما ترى، بل عدم وقوع اللعان والإيلاء عليها ممّا يومئ أيضاً إلى عدم وقوعه فيها، كإيماء ما ذكر من أحكامه إلى ذلك، كما لا يخفى على من تأمّل.

﴿السابع: لا يثبت بهذا العقد ميراث بين الزوجين شرطا سقوطه أو أطلقا﴾ وفاقاً للأكثر[٧]، بل المشهور[٨]، بل عن الغنية: نفي

---

(١) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٧.

(٢) نقله في كشف اللثام: (المصدر السابق).

(٣) السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل، والطلاق / باب الظهار ج ٢ ص ٦٢٤ و٧٠٩.

(٤ و٥) نقله عنهما العلّامة في المختلف: الطلاق / في الظهار ج ٧ ص ٤١٨.

(٦) الكافي: الطلاق / باب الظهار ح ٥ ج ٦ ص ١٥٤، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٢ حكم الظهار ح ١٩ ج ٨ ص ١٣، وسائل الشيعة: باب ٢ من كتاب الظهار ح ٣ ج ٢٢ ص ٣٠٧.

(٧) اختاره الشيخ في النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٨١، وابن إدريس في السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٣ ـ ٦٢٤، والعلّامة في الإرشاد: النكاح / في المتعة ج ٢ ص ١٢، وابن فهد في المقتصر: النكاح / النكاح المنقطع ص ٢٤٣.

(٨) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٧.

الخلاف عنه[١]، ولعلّه كذلك إلاّ :

من القاضي[٢]: فجعله كالدوام؛ لصدق الزوجة التي لا يصحّ اشتراط سقوط إرثها كغيرها من الورثة.

ومن ابن أبي عقيل[٣] والمرتضى[٤]: فكذلك ما لم يشترط السقوط؛ جمعاً بين ذلك وبين ما دلّ على لزوم الشرط من قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون...»[٥] وغيره، وخصوص موثّق ابن مسلم في الرجل يتزوّج المرأة متعةً: «إنّهما يتوارثان إذا لم يشترطا، وإنّما الشرط بعد النكاح»[٦].

لكنّهما معاً كما ترى؛ ضرورة إرادة غير المستمتع بها من الزوجة بالنصوص المعتبرة التي يمكن دعوى تواترها :

↑ ج ٣٠ / ١٩٠

منها: خبر أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّه صلى الله عليه وآله لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوماً ـ وإن شئت: كذا وكذا سنةً ـ بكذا وكذا درهماً، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها، قلت: فإنّي أستحيي أن أذكر شرط الأيّام؟ قال: هو أضرّ عليك، قلت: وكيف

---

(١) غنية النزوع: النكاح / الفصل السادس ص ٣٥٦.

(٢) المهذّب: النكاح / نكاح المتعة ج ٢ ص ٢٤٠ و٢٤٣.

(٣) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٢٦.

(٤) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧٥.

(٥) تقدّم في ص ٣٢٤.

(٦) تقدّم في ص ٣٢٣.

ذاك؟ قال: إنّك إن لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة، وكانت وارثة، لم تقدر على أن تطلّقها إلّا طلاق السنّة»[١].

ضرورة كون المراد من ذلك: بيان أنّ المتعة حكمها ذلك كي لا تكون الامرأة مخدوعة، خصوصاً بعد أن صرّح فيه بالفرق بين من ترك الأجل فيها ومن ذكر، بصيرورة الأُولى دائمة وارثة بخلاف الثانية، فإنّه كالصريح في أنّ ذلك حدّ المتعة.

ومنه يعلم وجه الدلالة في هذا القسم من النصوص؛ كخبر أبي بصير[٢] وخبر ثعلبة[٣] وخبر مؤمن الطاق[٤] وخبر هشام بن سالم[٥].

ومنها: خبر عبد الله بن عمر[٦]: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة؟ فقال: حلال لك من الله ورسوله، قلت: فما حدّها؟ قال: من حدودها

(١) الكافي: النكاح / باب شروط المتعة ح ٣ ج ٥ ص ٤٥٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٠ ج ٧ ص ٢٦٥، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١٨ من أبواب المتعة ح ١، وذيله في باب ٢٠ منها ح ٢ ج ٢١ ص ٤٣ و٤٧.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ٦٣ ص ٢٦٣، ووسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٤٤.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤، و«التهذيب»: ح ٦٢ ص ٢٦٣، و«الوسائل» في الهامش بعده: ح ٢ ص ٤٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٥٩٧ ج ٣ ص ٤٦٢، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٦١ ج ٧ ص ٢٦٣، وسائل الشيعة: باب ١٨ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٤٤.

(٥) الكافي: النكاح /باب شروط المتعة ح ٥ ج ٥ ص ٤٥٥، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٣).

(٦) في المصدر: عبد الله بن عمرو.

أن لا ترثها ولا ترثك...»[١] إلى آخره.

ومنها: صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يتزوّج المرأة متعة ولم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث، اشترطا أو لم يشترطا»[٢].

ونحوه المرسل في الكافي[٣].

ومنها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا بأس بالرجل يتمتّع بالمرأة على حكمه، ولكن لابدّ له من أن يعطيها شيئاً؛ لأنّه إن حدث به حدث لم يكن لها ميراث»[٤].

ج ٣٠ / ١٩١

ومنها: صحيح عمر بن حنظلة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن شروط المتعة؟ فقال: يشارطها على ما يشاء من العطيّة، ويشترط الولد إن أراد، وليس بينهما ميراث»[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٦٨ ج ٧ ص ٢٦٥، الاستبصار: النكاح / باب ٩٨ أنّه إذا شرط ثبوت... ح ٤ ج ٣ ص ١٥٠، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ح ٨ ج ٢١ ص ٦٨.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦٧ ص ٢٦٤، و«الاستبصار»: ح ٣ ص ١٤٩، و«الوسائل»: ح ٧ ص ٦٧.

(٣) الكافي: النكاح / باب الميراث ذيل ح ٢ ج ٥ ص ٤٦٥، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٦٧.

(٤) الكافي: النكاح / باب النوادر ح ٥ ج ٥ ص ٤٦٦، وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٧٥.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٨٣ ج ٧ ص ٢٧٠، الاستبصار: النكاح / باب ١٠٠ أنّ ولد المتعة لاحق بأبيه ح ٥ ج ٣ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٣٣ من أبواب المتعة ح ٣، وذيله في باب ٣٢ منها ح ٦ ←

ومنها: خبر زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: «.. ولا ميراث بينهما إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل»[١].

ومنها: ما دلّ على أنّ المتمتّع بها ليست كالحرّة، هي مستأجرة كالأمة، خصوصاً خبر محمّد منها عن أبي جعفر عليه السلام: «في المتعة؟ قال: ليست من الأربع؛ لأنّها لا تطلّق ولا ترث ولا تورث[٢]، وإنّما هي مستأجرة...»[٣] الظاهر ـ أو الصريح ـ في اختصاص الإرث بالأربع من الزوجات، بخلاف المتعة التي هي مستأجرة وبمنزلة الأمة.

بل لا يخفى على من تأمّل ما ورد في المتعة ـ وخصوصاً نصوص النهي عنها لمن يتمكّن من التعفّف بالتزويج[٤] ـ أنّها ليست زوجة توارث، وإنّما هي استمتاع وانتفاع، كما عساه يومئ إليه مقابلة ذلك بالتزويج.

بل يعرف ذلك منّا العامّة فضلاً عن الخاصّة، فإنّ أبا حنيفة قال لمؤمن الطاق في مباحثته له: «... آية الميراث تنطق بنسخ المتعة، فقال له مؤمن الطاق: قد ثبت النكاح بغير ميراث، فقال أبو حنيفة: من

← ج ٢١ ص ٦٧ و٧٠.

(١) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦٠٥ ج ٣ ص ٤٦٤، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ح ١٠ ج ٢١ ص ٦٨.

(٢) «ولا تورث» وردت في خصوص الاستبصار.

(٣) الكافي: النكاح / باب أنّهنّ بمنزلة الإماء ح ٥ ج ٥ ص ٤٥١، الاستبصار: النكاح / باب ٩٦ أنّه يجوز الجمع... ح ٥ ج ٣ ص ١٤٧، وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ١٨.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٥ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٢٢.

أين قلت ذاك؟ فقال: لو أنّ رجلاً من المسلمين تزوّج بامرأة من أهل الكتاب ثمّ توفّي عنها ما تقول فيها؟ قال: لا ترث منه، فقال: قد ثبت النكاح بغير ميراث...»[1].

↑ ج ٣٠ / ١٩٢

ومن ذلك كلّه يعلم ما في كلام القاضي، بل وما في كلام المرتضى؛ ضرورة اقتضاء العموم المزبور جواز اشتراط عدم التوارث في الدائم أيضاً، وهو معلوم البطلان.

والموثّق المزبور ـ بعد الغضّ عمّا فيه من حصر الشرط فيما بعد النكاح الذي قد عرفت البحث فيه[2] ـ محمول على إرادة اشتراط الأجل؛ أي: يتوارثان ما لم يشترطا الأجل فيكون متعة لا توارث بينهما، أو مطّرح؛ لقصوره عن معارضة ما سمعت من وجوه.

هذا كلّه فيما إذا لم يشترطا، أو اشترطا السقوط الذي قد بان عندك أنّه مؤكّد عندنا لا مؤسّس.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو شرطا التوارث، أو شرط أحدهما، قيل﴾ والقائل به جماعة من الأصحاب[3]: ﴿يلزم؛ عملاً بالشرط﴾.

---

(١) الكافي: النكاح / أبواب المتعة ح ٨ ج ٥ ص ٤٥٠.

(٢) «فيه» ليست في بعض النسخ.

(٣) كالشيخ في النهاية: النكاح / باب المتعة ج ٢ ص ٣٨١، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / نكاح المتعة ص ٣٠٩، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الرابع ص ١٩٣، وجعله السبزواري أجود الأقوال في الكفاية: النكاح / النكاح المنقطع ج ٢ ص ١٧٣.

﴿وقيل﴾ والقائل جماعة أيضاً[١] ـ بل هو المحكي[٢] عن أكثر المتأخّرين، بل عن الفاضل: أنّه المشهور[٣] ـ : ﴿لا يلزم؛ لأنّه﴾ أي الإرث ﴿لا يثبت إلّا شرعاً، فيكون اشتراطاً لغير وارث، كما لو شرط لأجنبيّ[٤]﴾ ومن المعلوم بطلانه؛ ضرورة كون الشرط ملزماً لما هو مشروع، لا أنّه شارع.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿الأوّل أشهر﴾ بل في الرياض: «كاد يكون مشهوراً»[٥]؛ لـ:

صحيح محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في حديث: «... وإن اشترطا الميراث فهما على شرطهما»[٦].

وصحيح البزنطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث؛ إن اشترطت الميراث كان، وإن لم تشترط لم يكن»[٧].

---

(١) كالحلبي في الكافي في الفقه: نكاح المتعة ص ٢٩٨، وابن إدريس في السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٤، والعلّامة في المختلف: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٢٨، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٣٧.

(٢) كما في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٥٢، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٧٦.

(٣) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٧.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: للأجنبي.

(٥) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٤٨.

(٦) الاستبصار: النكاح / باب ٩٨ أنّه إذا شرط ثبوت... ح ٢ ج ٣ ص ١٤٩، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٦٧.

(٧) الكافي: النكاح / باب الميراث ح ٢ ج ٥ ص ٤٦٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ ←

قيل: «ونحوه الصحيح الآخر المروي عن قرب الاسناد للحميري»[١]. والظاهر أنّه وهم؛ فإنّ الحميري إنّما رواه عن البزنطي أيضاً بهذا اللفظ[٢] على ما حكي عنه[٣].

وعلى كلّ حال، فهذان الخبران ـ لمكان اعتبار سنديهما ـ قد اغترّ بهما جماعة من المتأخّرين منهم الشهيدان[٤]؛ حتّى قال ثانيهما: «إنّه بهما يجاب عن أدلّة الفريقين؛ لدلالتهما على كون اشتراط الميراث سائغاً لازماً فيثبت به، وعلى أنّ أصل الزوجيّة لا يقتضيه، فتكون الآية مخصوصة بهما، كما خصّصت في الزوجة الذمّيّة برواية: أنّ الكافر لا يرث المسلم[٥]. ويظهر أنّ سببيّة الإرث مع اشتراطها تصير ثابتة بوضع الشارع وإن كانت متوقّفة على أمر من قبل الوارث كما لو أسلم الكافر».

ج ٣٠ / ١٩٣

«وكذا يظهر جواب ما قيل: إنّه لا مقتضي للتوارث هنا إلّا الزوجيّة، ولا يقتضي ميراث الزوجة إلّا الآية، فإن اندرجت هذه في الزوجة في

← تفصيل أحكام النكاح ح ٦٥ ج ٧ ص ٢٦٤، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٦٦.

(١) رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٤٧.

(٢) قرب الاسناد: ح ١٢٩٥ ص ٣٦٢، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب المتعة ذيل ح ١ ج ٢١ ص ٦٦.

(٣) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٧٧.

(٤) الشهيد الأوّل في اللمعة: النكاح / الفصل الرابع ص ١٩٣، والشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الرابع ج ٥ ص ٢٩٩، وانظر الهامش بعد اللاحق.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب موانع الإرث ج ٢٦ ص ١١.

الآية ورثت وإن لم يشترط ثبوته وبطل شرط نفيه، وإن لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت الشرط؛ لأنّه شرط توريث من ليس بوارث، وهو باطل».

«ووجه الجواب عنه: ـ بعد تسليم اندراجها في الآية ـ أنّها بدون الشرط مخصوصة بالروايتين المعتبرتي الإسناد، وبالشرط داخلة في العموم؛ لعدم المقتضي للتخصيص»[١].

وفيه: أنّ ذلك غريب في النظائر، بل في كشف اللثام: «عديم[٢] النظير»[٣]، بل يبعد رجحانهما على صحيح ابن يسار[٤] المؤيّد: بالمرسل في الكافي[٥]، وبظاهر ما سمعته من النصوص المزبورة الظاهرة والمصرّحة بعدم اقتضاء عقد المتعة الإرث، وإنّما هو كالإجارة بالنسبة إلى ذلك.

بل ربّما ظهر من خبر هشام بن سالم[٦] منها اقتضاؤه عدم الإرث، وأنّ ذلك من حدودها نحو حدّ الاعتداد بما تسمعه، فشرط إرثها حينئذٍ ـ مع كونه من شرط إرث غير الوارث، المعلوم بطلانه بسبب[٧] مخالفته للكتاب والسنّة ـ منافٍ لما اقتضاه عقد المتعة أيضاً.

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٦٩ ـ ٤٧٠.

(٢) في المصدر: قليل.

(٣) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٩.

(٤ و ٥) تقدّما في ٣٣٨.

(٦) تقدّم في ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٧) في بعض النسخ: سبب.

ودعوى: كون الإرث بالزوجيّة حال الشرط ـ لا به ـ كما ترى، خصوصاً بعد القطع من الأدلّة السابقة أنّ زوجيّتها الحاصلة منها ليست سبب إرث، بل سبب منع منه.

وحمل[1] خبر ابن يسار على اشتراط سقوط الإرث، ليس بأولى من حمل الخبرين على إرادة الوصيّة من الإرث فيهما، بل هذا أولى؛ لما عرفت.

↑ ج ٣٠ / ١٩٤

ولأنّه[2] مقتضى إفادة الشرط الإرث أن يكون ذلك على حسب ما يقع منه[3]؛ ولذا لو اختصّ الشرط بأحدهما كان الإرث له خاصّة هي[4] بمكان الشرط، مع غلبة التوارث من الجانبين، وحينئذٍ فيتّجه صحّة اشتراط إرثهما لا على حسب إرث الزوجة والزوج، وهو من المستغربات.

وأغرب منه: التزام صحّة شرطيّة إرث الزوجة والزوج على حسب حالهما من وجود الولد وعدمه بالنسبة إلى النصف والثمن والربع، وإرث العقار وعدمه، من غير فرق بين مقارنة مقتضيات ذلك وتجدّده، بمعنى: أنّ الشرط يصيّرها كذلك.

ولا ينبغي لمن رزقه الله معرفة مذاق الشرع أن يحتمل ذلك فضلاً

---

(١) كما في الاستبصار: النكاح / باب ٩٨ أنّه إذا شرط ثبوت... ذيل ح ٣ ج ٣ ص ١٥٠.

(٢) في بعض النسخ: ولأنّ.

(٣) في بعض النسخ: فيه.

(٤) ليست في بعض النسخ.

عن أن يكون فتوى، وخصوصاً بعد معلوميّة[١] عقد المتعة بالموت وأنّه بمنزلة الهبة، بخلاف عقد الدوام، فلا زوجيّة حينئذٍ بينهما كي تقتضي التوارث، بل يكون بالموت كمن وهبت المدّة.

بل لعلّ ذلك هو السبب في عدم اقتضاء المتعة الإرث؛ ضرورة كونها حينئذٍ كموت العين المستأجرة الذي من المعلوم بطلان الإجارة بها[٢]، ويتفرّع عليه: عدم جواز تغسيلها والنظر إليها وعدم أولويّته بها، فمن الغريب بعد ذلك جرأة من عرفت على الفتوى بذلك.

فالتحقيق: عدم إرثها مطلقاً، بل لو اشترطا ذلك في العقد على غير جهة الوصيّة بطل العقد بناءً على اقتضاء بطلان الشرط بطلانه، والله هو العالم.

ج ٣٠ / ١٩٥

﴿الثامن: إذا انقضى أجلها بعد الدخول﴾ أو وهبت الأجل حرّة كانت أو أمة بلا خلاف[٣] في التسوية بينهما ﴿فعدّتها حيضتان﴾ وفاقاً للشيخ ومن بعده كما في كشف اللثام[٤].

﴿وروي[٥] حيضة﴾ وعمل به ابن أبي عقيل على ما قيل[٦]، بل عن ابن أُذينة: أنّه مذهب زرارة أيضاً[٧].

---

(١) أشير في هامش بعض النسخ إلى نسخة بدلها: معدوميّة.

(٢) الأولى التعبير بـ«به».

(٣) نقل الإجماع على التسوية في رياض المسائل: النكاح / نكاح المتعة ج ١١ ص ٣٤٩.

(٤) كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٨٩.

(٥) كما في خبر زرارة الآتي في ص ٣٤٧.

(٦) كما في مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٣٢.

(٧) انظر الهامش بعد اللاحق.

﴿وهو متروك﴾ بين الأصحاب، فلا يعارض الأوّل الذي يدلّ عليه:

الصحيح أو الحسن عن إسماعيل بن الفضل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة؟ فقال: الق عبد الملك بن جريح[1] فاسأله عنها، فإنّ عنده منها علماً، فأتيته فأملى عليَّ شيئاً كثيراً في استحلالها، وكان فيما روى ابن جريح[2] قال: ليس فيها وقت ولا عدد ـ إلى أن قال: ـ وعدّتها حيضتان، فإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً، فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضته عليه، فقال: صدق وأقرّ به...»[3].

وخبر أبي بصير المروي عن تفسير العيّاشي[4] وعن كتاب الحسين ابن سعيد ـ على ما عن البحار[5] ـ عن أبي جعفر عليه السلام: «في المتعة ـ إلى أن قال: ـ ولا تحلّ لغيرك حتّى تنقضي عدّتها، وعدّتها حيضتان»[6].

وما في المسالك[7] والروضة[8] من خبر محمّد بن الفضل[9] عن أبي الحسن الماضي عليه السلام: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدّتها

(١ و٢) ضبطت في المصدر بـ«جريج».

(٣) الكافي: النكاح / باب أنّهنّ بمنزلة الإماء ح ٦ ج ٥ ص ٤٥١، ووسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٨ ج ٢١ ص ١٩.

(٤) تفسير العيّاشي: سورة النساء ح ٨٦ ج ١ ص ٢٣٣.

(٥) بحار الأنوار: النكاح / باب ١٠ ح ٢٠ ج ١٠٠ ص ٣١٥.

(٦) وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب المتعة ح ٦ ج ٢١ ص ٥٦.

(٧) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٧٢.

(٨) الروضة البهيّة: النكاح / الفصل الرابع ج ٥ ص ٣٠١.

(٩) في المصدر: محمّد بن الفضيل.

حيضتان . . .»[١] منضمّاً إلى ما رواه زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام أنّ «. . . على المتمتّعة[٢] ما على الأمة»[٣]، فإنّ المجتمع من الروايتين : أنّ عدّة المتعة حيضتان .

ج ٣٠ ١٩٦

وإن كان قد يناقش فيه : ـ بعد الغضّ عن اختلاف روايات الأمة كما ستعرفه في محلّه ـ بأنّ صحيح زرارة لا دلالة فيه على ذلك ؛ بقرينة صدره ، قال فيه : «وعدّة المطلّقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلّقة عليها نصف ما على الحرّة ، وكذلك المتمتّعة عليها مثل ما على الأمة» ؛ إذ هو ظاهر في إرادة المماثلة بالأشهر .

نعم ، قد ورد تشبيه المتمتّع بها بالأمة في غير المقام ، فيمكن بإطلاق التشبيه تتميم الاستدلال ، وإن كان هو كما ترى أيضاً .

وعلى كلّ حال ، فالعمدة حينئذٍ ما سمعت ، ممّا لا يعارضه ـ بعد ما عرفت ـ :

صحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام : «عدّة المتمتّعة إن كانت تحيض فحيضة ، وإن كانت لا تحيض فشهر ونصف»[٤] .

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ٦٦ ج ٨ ص ١٣٥، الاستبصار: الطلاق / باب ١٩٣ أنّ عدّة الأمة قرءان ح ٢ ج ٣ ص ٣٣٥، وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب العدد ح ٥ ج ٢٢ ص ٢٥٧.

(٢) في التهذيب والوسائل بدلها: المتعة.

(٣) الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٣ عدّة المتمتّع بها ح ٢ ج ٣ ص ٣٥٠، تهذيب الأحكام: (الهامش قبل السابق: ح ١٤٤ ص ١٥٧)، وسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٧٥.

(٤) رواه بدون «عدّة المتمتّعة» في وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٥١.

والموجود في الكافي[١] ـ كما اعترف به غير واحد[٢] ـ إسقاط «عدّة المتمتّعة» منه، نعم هو في التهذيب[٣] كذلك، ويؤيّده: روايته في الكافي في عدّة المتمتّع بها، مضافاً إلى ما عرفته من مذهب زرارة المظنون كون سنده ذلك.

ولا خبر عبد الله بن عمر[٤] عن أبي عبد الله عليه‌السلام في حديث، إلى أن قال: «فكم عدّتها؟ قال: خمسة وأربعون يوماً، أو حيضة مستقيمة»[٥].

ولا خبر محمّد[٦] بن أبي نصر عن الرضا عليه‌السلام المروي عن قرب الاسناد: «قال أبو جعفر عليه‌السلام: عدّة المتمتّعة حيضة، وقال: خمسة وأربعون يوماً...»[٧].

لاحتمال إرادة الحيضة وطهرها التامّين بدخول الحيضة الثانية، فيكون حيضتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة الثانية في

---

(١) الكافي: النكاح / باب عدّة المتعة ح ١ ج ٥ ص ٤٥٨.

(٢) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / النكاح المنقطع ج ١ ص ٢٥٦، والبحراني في الحدائق: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٨٤.

(٣) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ١٧٢ ج ٨ ص ١٦٥.

(٤) في المصدر: عبد الله بن عمرو.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٦٨ ج ٧ ص ٢٦٥، الاستبصار: النكاح / باب ٩٨ أنّه إذا شرط ثبوت... ح ٤ ج ٣ ص ١٥٠، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٤ ج ٢١ ص ٥٢.

(٦) في المصدر: أحمد بن محمّد.

(٧) قرب الاسناد: ح ١٢٩٣ ص ٣٦١، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٦ ج ٢١ ص ٥٣.

الحيضيّة هنا؛ لخبر عبد الله[١] بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان المروي عن كتاب الاحتجاج: «... أنّه كتب إليه: في رجل تزوّج امرأة بشيء معلوم، وبقي له عليها وقت، فجعلها في حلّ ممّا بقي له عليها، وإن[٢] كانت طمثت قبل أن يجعلها في حلّ من أيّامها ثلاثة[٣] أيّام، أيجوز أن يتزوّجها رجل آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة، أو يستقبل بها حيضة أُخرى؟ فأجاب عليه السلام: يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة؛ لأنّ أقلّ العدّة حيضة وطهرة تامّة...»[٤]. ↑ ج ٣٠ / ١٩٧

وعن بعض النسخ[٥]: «وطهارة»، بناءً على أنّ المراد منه ما ذكرناه، لا أنّ المراد: الطهارة التامّة من الحيضة، بمعنى: اعتبار نقائها تماماً من الحيض.

بل بناءً على ما ذكرناه يمكن تنزيل صحيح ابن الحجّاج عليه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن المرأة يتزوّجها الرجل متعة، ثمّ يتوفّى عنها، هل عليها العدّة؟ قال: تعتدّ أربعة أشهر وعشراً، وإذا انقضت أيّامها وهو حيّ فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة...»[٦] الحديث، الذي قد حكي العمل به عن الصدوق في المقنع[٧]، وإلّا كان متروكاً كسابقه.

---

(١) في المصدر: محمّد بن عبد الله. (٢ و٣) في المصدر بدلهما: وقد... بثلاثة.

(٤) الاحتجاج: توقيعات الناحية المقدّسة ص ٤٨٨ ـ ٤٨٩، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٧ ج ٢١ ص ٥٣.

(٥) أشار إليها في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٨٦.

(٦) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦٠٦ ج ٣ ص ٤٦٤، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٥ ج ٢١ ص ٥٢.

(٧) المقنع: باب المتعة ص ٣٤١.

نعم، ما يحكى عن المفيد من أنّ «عدّتها طُهران»[١] قول معروف بين الأصحاب محكيّ عن ابني زهرة[٢] وإدريس[٣] والعلّامة في المختلف[٤]، بل هو ظاهر ثاني الشهيدين[٥]، بل عن ابن زهرة: الإجماع عليه[٦].

لكن لم أعرف له دليلاً بالخصوص:

سوى: ما ذكره في محكيّ المختلف[٧] له من أخبار الحيضة، فإنّه إذا كملت لها حيضة فقد مضى عليها طهران: أحدهما قبلها والآخر بعدها؛ إذ يكفي منهما لحظة.

وفيه: أنّه أعمّ من ذلك؛ ضرورة عدم تحقّق الطهرين بها فيما لو فرض مقارنتها لانتهاء الأجل.

وسوى: ما في المسالك[٨] من الاستدلال له بحسن زرارة عن الباقر عليه السلام: «... إن كان حرّ تحته أمة فطلاقه تطليقتان، وعدّته[٩]

---

(١) المقنعة: النكاح / باب عدد النساء ص ٥٣٦.

(٢) غنية النزوع: النكاح / الفصل الرابع عشر ص ٣٨٣.

(٣) السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٥.

(٤) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٣٢.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٧٣ ـ ٤٧٤.

(٦) انظر «غنية النزوع» المتقدّم آنفاً.

(٧) انظر «مختلف الشيعة» المتقدّم آنفاً.

(٨) انظر «مسالك الأفهام» المتقدّم آنفاً: ص ٤٧٣.

(٩) في المصدر: وعدّتها.

قرءان»[١]؛ لكون المراد من القرأين في العدد الطهرين نصّاً[٢] وفتوى ـ كما تسمعه في محلّه إن شاء الله ـ منضمّاً إلى ما سمعته سابقاً[٣] من النصّ على أنّ على المتمتّعة ما على الأمة.

وفيه: منع كون المراد بالقرأين هنا الطهرين، وثبوته في ذلك المقام لا يستلزم القول به هنا، خصوصاً بعد النصوص المعتبرة الدالّة على أنّ عدّة الأمة حيضتان[٤]، بل يقوى تفسير هذا المجمل بها، فإنّه وإن تعارض الروايات في الأمة ـ المشبّه[٥] بها المتعة ـ إلّا أنّك ستسمع إن شاء الله في محلّه ما يدلّ من المعتبرة على كون العدّة فيها الحيضتين.

على أنّه يمكن أن يقال: بعد إرادة الكامل من الطهر ـ كما سمعته في خبر صاحب الزمان (روحي له الفداء) ـ تتحقّق الحيضتان أيضاً. ↑ ج ٣٠ / ١٩٨

وبذلك كلّه يظهر لك: اجتماع النصوص جميعها على الحيضتين بناءً على الاجتزاء بالدخول في الحيضة الثانية.

بل منه يعلم: عدم أحوطيّة الحيضتين من الطهرين؛ لإمكان تحقّقهما بدون الطهرين، كما في المثال المفروض فيه مقارنة الحيضة

---

(١) الكافي: الطلاق / باب طلاق الحرّة تحت المملوك ح ١ ج ٦ ص ١٦٧، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ٦٥ ج ٨ ص ١٣٤، وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب العدد ح ١ ج ٢٢ ص ٢٥٦.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٤ من أبواب العدد ج ٢٢ ص ٢٠١.

(٣) في ص ٣٤٧.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٠ من أبواب العدد ج ٢٢ ص ٢٥٦.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٦ ج ٢١ ص ١٩.

لانقضاء الأجل.

إلّا أنّي لم أجد تحريراً في كلامهم هنا لكيفيّة الاعتداد بالحيضتين، وأنّه هل لابدّ من حيضتين تامّتين فلا يجزي حينئذٍ انقضاء أجلها في أثناء حيضها والدخول في حيضة أُخرى، أو أنّه يكفي فيهما بعض الحيضة الأُولى ولو لحظة والحيضة الثانية ولو لحظة، أو أنّه لابدّ من تمام الحيضة الثانية خاصّة ـ كما يومئ إليه خبر صاحب الزمان عليه السلام ـ أو بالعكس، أو لابدّ من حيضة كاملة ولحظة من حيضة أُخرى من غير فرق بين السابقة واللاحقة؟ إلّا أنّ الذي ينساق إلى الذهن: الأوّل، الذي هو مقتضى الأصل.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ الأقوى اعتبار الحيضتين بما[1] عرفت، ممّا لا يصلح غيره لمعارضته ولو للشذوذ والندرة.

هذا كلّه في التي تحيض.

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كانت لا تحيض ولم تيأس﴾ لكونها في سنّ من تحيض ﴿فخمسة وأربعون يوماً﴾ إجماعاً بقسميه[2]، ونصوصاً[3]، بل في خبر البزنطي عن الرضا عليه السلام قال: «قال أبو جعفر عليه السلام: عدّة المتمتّعة

---

(١) في بعض النسخ: لما.

(٢) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل الرابع عشر ص ٣٨٣، وجامع المقاصد: النكاح / في المنقطع ج ١٣ ص ٤٢، ومسالك الأفهام: النكاح / النكاح المنقطع ج ٧ ص ٤٧٤ ـ ٤٧٥، وكشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٩٠، ورياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٥٢.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٢ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٥١.

خمسة وأربعون يوماً، والاحتياط خمس وأربعون ليلة»[١]؛ بمعنى: أنّ الاحتياط خمسة وأربعون يوماً بلياليها، بل الأولى عدم اعتبار التلفيق.

وأمّا غير مستقيمة الحيض، أو المسترابة فيه لرضاع ونحوه، فقد يقوى أنّ العدّة أسبقهما؛ على معنى: إن مضى لها خمسة وأربعون قبل الحيضتين تمّت عدّتها، وإن اتّفق الحيضتان قبل ذلك تمّت العدّة على حسب ما سمعته[٢] في الطلاق، وربّما يشهد له في الجملة خبر قرب الاسناد[٣]. واحتمال أنّ المدار على الحيضتين وإن طال الزمان بعيد، بل يمكن القطع بعدمه بملاحظة ما سمعته[٤] في كتاب الطلاق، والله العالم.

↑ ج ٣٠ / ١٩٩

﴿وتعتدّ﴾ المتمتّع بها الحرّة ﴿من الوفاة ولو لم يدخل بها﴾ إجماعاً[٥] ﴿بأربعة أشهر وعشرة أيّام إن كانت حائلاً﴾ وفاقاً للمشهور[٦]؛ لـ:

الآية[٧] في وجه.

والأصل.

---

(١) الكافي: النكاح / باب عدّة المتعة ح ٢ ج ٥ ص ٤٥٨، وسائل الشيعة: باب ٢٢ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٥١.

(٢ و٤) الظاهر أنّ تأليف «كتاب الطلاق» كان سابقاً على ما نحن فيه؛ وإلّا فالمفروض التعبير بـ «ما تسمعه».

(٣) تقدّم في ص ٣٤٨.

(٥) حكى الإجماع على ذلك ـ أي عدم الفرق بين المدخول بها وغيرها ـ في رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٣.

(٦) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٩٠.

(٧) سورة البقرة: الآية ٢٣٤.

وصحيح ابن الحجّاج عن الصادق عليه السلام : «سألته عن المرأة يتزوّجها الرجل متعة ثمّ يتوفّى عنها ، هل عليها عدّة؟ قال : تعتدّ بأربعة أشهر وعشراً . . .»[1].

وصحيح زرارة : «سألت أبا جعفر عليه السلام : ما عدّة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتّع بها؟ قال : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثمّ قال : يا زرارة ، كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة ، وعلى أيّ وجهٍ كان النكاح منه متعةً أو تزويجاً أو ملك يمين ، فالعدّة أربعة أشهر وعشراً . . .»[2] الحديث .

خلافاً للمفيد[3] والمرتضى[4] والعماني[5] وسلّار[6] : فعدّتها شهران وخمسة أيّام ؛ لأنّها كالأمة في الحياة فكذلك في الموت ، ومرسل الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : «سألته عن رجل تزوّج امرأة متعة ثمّ مات عنها ، ما عدّتها؟ قال : خمسة وستّون يوماً»[7].

---

(١) تقدّم في ص ٣٤٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المتعة ح ٤٦٠٧ ج ٣ ص ٤٦٥، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ١٤٤ ج ٨ ص ١٥٧، وسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٧٥.

(٣) المقنعة: النكاح / باب عدد النساء ص ٥٣٦.

(٤) الانتصار: مسألة ١٥٣ ص ٢٧٥.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٣٤.

(٦) المراسم: الفراق / ما يلزم المرأة ص ١٦٥.

(٧) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ١٤٦ ج ٨ ص ١٥٨، الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٣ عدّة المتمتّع بها ح ٤ ج ٣ ص ٣٥١، وسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب العدد ح ٤ ج ٢٢ ص ٢٧٦.

وفيه : عدم خروج الأوّل عن القياس ، إلّا أن يراد التمسّك بعموم المنزلة الذي يجب الخروج عنه بما سمعت .

والمرسل ـ الذي لا جابر له ـ ساقط عن الحجّيّة ، على أنّ في سنده الطاطري الواقفي الذي قيل فيه : «إنّه شديد العناد في مذهبه ، صعب العصبيّة على من خالفه من الإماميّة»[1] .

فيجب حينئذٍ طرحه في مقابلة الصحيحين ، أو حمله على إرادة خصوص الأمة من الامرأة فيه ، كحمل خبر ابن يقطين عن أبي الحسن عليه‌السلام : «عدّة المرأة إذا تمتّع بها فمات عنها خمسة وأربعون يوماً»[2] على الموت متّصلاً بانقضاء الأجل ، وإلّا كان من الشواذّ .

﴿و﴾ تعتدّ ﴿بأبعد الأجلين﴾ منها أي المدّة ـ على المختار أو على قول المفيد ـ ومن وضع الحمل ﴿إن كانت حاملاً﴾ بلا خلاف[3] ولا إشكال ؛ عملاً بالعامّين . فقول المصنّف حينئذٍ : ﴿على الأصحّ﴾ راجع للأوّل ، وهو العدّة في الحائل .

↑ ج ٣٠ / ٢٠٠

هذا كلّه في الحرّة .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كانت أمة﴾ فـ﴿كانت عدّتها حائلاً بشهرين[4]

---

(١) الفهرست (للطوسي): رقم ٣٩٠ ص ١٥٦.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٤٥ ص ١٥٧. و«الاستبصار»: ح ٣. و«الوسائل»: ح ٣.

(٣) نقل الإجماع في رياض المسائل: النكاح / النكاح المنقطع ج ١١ ص ٣٥٦، وظاهر غنية النزوع: النكاح / الفصل الرابع عشر ص ٣٨٤.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: شهرين.

وخمسة أيّام﴾ وفاقاً للمشهور[١] أيضاً؛ للمعتبرة المستفيضة: أنّ عدّة الأمة إذا توفّي عنها زوجها شهران وخمسة أيّام[٢]، مؤيّدةً: بما دلّ على أنّها على النصف من الحرّة[٣] على وجهٍ كان ذلك كالأصل.

خلافاً للحلّي[٤] والفاضل[٥] وغيرهما[٦] فكالحرّة؛ لصحيح زرارة السابق[٧]، مؤيّداً بما دلّ على اعتدادها من الوفاة بذلك الشامل بإطلاقه للدائمة والمتمتّع بها؛ كـ:

صحيح سليمان بن خالد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الأمة إذا طلّقت ما عدّتها؟ ـ إلى أن قال: ـ قلت: فإن توفّي عنها زوجها؟ فقال: إنّ عليّاً عليه السلام قال في أُمّهات الأولاد: لا يتزوّجن حتّى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهنّ إماء»[٨].

وموثّقه عنه عليه السلام أيضاً: «عدّة المملوكة المتوفّى عنها زوجها أربعة

---

(١) كما في كشف اللثام: النكاح / في المنقطع ج ٧ ص ٢٩١.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٤٢ من أبواب العدد ح ٦ ـ ١٠ ج ٢٢ ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤٠ من أبواب العدد ح ٣، وباب ٤٢ منها ح ١٠، وباب ٤٧ منها ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٥٦ و٢٦١ و٢٦٩.

(٤) السرائر: النكاح / النكاح المؤجّل ج ٢ ص ٦٢٥.

(٥) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٣٥.

(٦) كالمقداد في التنقيح: النكاح / النكاح المنقطع ج ٣ ص ١٣٤.

(٧) في ص ٣٥٤.

(٨) الكافي: الطلاق / باب عدّة الأمة المتوفّى... ح ٢ ج ٦ ص ١٧٠، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ١٢٩ ج ٨ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ٤٢ من أبواب العدد ح ١ ج ٢٢ ص ٢٥٩.

أشهر وعشراً»[١].

وصحيح وهب بن عبد ربّه: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل كانت له أُمّ ولد، فزوّجها من رجل آخر فأولدها غلاماً، ثمّ إنّ الرجل مات فرجعت إلى سيّدها، أله أن يطأها؟ قال: تعتدّ من الزوج الميّت أربعة أشهر وعشرة أيّام، ثمّ يطأها بالملك بغير نكاح»[٢].

والصحيح: «إنّ الأمة والحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجهما سواء في العدّة، إلّا أنّ الحرّة تحدّ والأمة لا تحدّ»[٣].

وعن الشيخ: الجمع بينها بحمل هذه على أُمّهات الأولاد[٤]. وهو غير تامّ في الأخيرين الظاهرين أو الصريحين في غيرها.

نعم، لا يبعد الجمع: بالحمل على الاستحباب في غير ذات الولد، وأمّا فيها فكالحرّة؛ للصحيح السالم عن المعارض. ↑ ج ٣٠ / ٢٠١

وأمّا الحامل فعدّتها أبعد الأجلين من المدّة والوضع، وتركه المصنّف لوضوحه واتّكالاً على ما ذكره سابقاً.

التاسع: لا يصحّ له تجديد العقد عليها دائماً ومنقطعاً قبل انقضاء

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٣١، و«الوسائل»: ح ٥ ص ٢٦٠.

(٢) الكافي: الطلاق / باب عدّة أُمّهات الأولاد ح ١٠ ج ٦ ص ١٧٢، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٣٠، و«الوسائل»: ح ٣.

(٣) الكافي: الطلاق / باب عدّة الأمة المتوفّى... ح ١ ج ٦ ص ١٧٠، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٦ عدد النساء ح ١٢٨ ج ٨ ص ١٥٣، وسائل الشيعة: باب ٤٢ من أبواب العدد ح ٢ ج ٢٢ ص ٢٥٩.

(٤) الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠١ عدّة الأمة المتوفّى... ذيل ح ٧ ج ٣ ص ٣٤٧.

الأجل، وفاقاً للمشهور[١]؛ لـ:

عدم قابليّة تأخّر أثر عقد النكاح، واستحالة تحصيل الحاصل.

ومفهوم الصحيح: «لا بأس بأن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما، تقول لها: استحللتك بأجل آخر برضاً منها، ولا يحلّ ذلك لغيرك حتّى تنقضي عدّتها»[٢].

وخبر أبان بن تغلب: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، الرجل يتزوّج المرأة متعة فيتزوّجها على شهر، ثمّ إنّها تقع في قلبه فيحبّ أن يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدها في أجرها ويزداد في الأيّام قبل أن تنقضي أيّامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط، قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدّق عليها بما بقي من الأيّام، ثمّ يستأنف شرطاً جديداً»[٣].

فإنّ المراد من الشرطين: المدّتان المتخالفتان والأجران المتباينان في شرط أي في عقد واحد، ومقتضاه حينئذٍ عدم صحّة ذلك حتّى لو فعله في أوّل العقد.

---

(١) نقلت الشهرة في مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح المتعة ج ٢٤ ص ١٩٥.

(٢) الكافي: النكاح / باب الزيادة في الأجل ح ١ ج ٥ ص ٤٥٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٤ تفصيل أحكام النكاح ح ٧٧ ج ٧ ص ٢٦٨، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب المتعة ح ٢ ج ٢١ ص ٥٤.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ٧٨، ووسائل الشيعة: باب ٢٤ من أبواب المتعة ح ١ ج ٢١ ص ٥٧.

بل لعلّ المراد: أنّه كما لا يجوز أجلان في عقد واحد، فكذا لا يجوز عقد جديد قبل انفساخ عقد[1] الأوّل، فيكون أصرح في الدلالة على ذلك.

وعلى كلّ حال فهو واضح الدلالة على المطلوب.

خلافاً للمحكي عن ابن حمزة[2] والفاضل في المختلف[3] مستظهراً له أيضاً من العماني ـ وإن كان فيه ما فيه ـ لإطلاق الأدلّة الذي لا ينافيه اشتغالها بأجله، كما لا ينافي عقده عليها في أثناء عدّته وإن لم يجز ذلك لغيره كما تطابقت عليه النصوص والفتاوى، خصوصاً بعد تصريح الأدلّة بأنّهنّ مستأجرات[4]، ولا ريب في جواز ذلك في الإجارة.

↑ ج ٣٠ / ٢٠٢

وفيه: أنّه يجب الخروج عن ذلك كلّه بما عرفت.

كما أنّه يجب تقييد ما ادّعي وروده[5] ـ من نفي البأس عن زيادة الأجل بزيادة الأجر في تفسير قوله تعالى: «ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة»[6] إن كان ـ بما عرفت كما هو واضح، والله العالم[7].

↑ ج ٣٠ / ٢٠٣

---

(١) في بعض النسخ: العقد.

(٢) الوسيلة: النكاح / نكاح المتعة ص ٣١٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح المتعة ج ٧ ص ٢٤٥.

(٤) تقدّم ذلك في ص ٢٨٤.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب المتعة ح ٨ ج ٢١ ص ٥٦.

(٦) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٧) ورد في بعض النسخ زيادة: «تمّ المجلّد الأوّل من كتاب النكاح الذي هو المجلّد السابع ←

﴿القسم الثالث﴾

﴿في نكاح الإماء﴾

أي وطؤهنّ ﴿وهو إمّا بالملك أو بالعقد[1]﴾ لعدم خروج أصل النكاح عن ذلك؛ لقوله تعالى: «إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم»[2] وغيره، والتحليل عقد أو ملك منفعة كما ستعرفه إن شاء الله.

[نكاح الأمة بالعقد]

﴿و﴾ قد عرفت أنّ ﴿العقد ضربان: دائم ومنقطع، وقد مضى[3] كثير من أحكامهما﴾ المشتركة بين الإماء وغيرهنّ ﴿و﴾ لكن ﴿يلحق[4] هنا مسائل﴾:

← من قسم العقود، زاد الله توفيق الشارح، إنّه رؤوف ودود، ويتلوه المجلّد الثامن وهو جلد آخر النكاح في نكاح الإماء، بعون الله خالق الأرض والسماء».

(١) أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ: أو العقد.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: ذكر.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: تلحق.

﴿الأُولى﴾

﴿لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا لأنفسهما نكاحاً إلّا بإذن المالك﴾ بل ولا يجوز ـ على الأصحّ ـ أن يعقدا لغيرهما أيضاً ذلك ولا غيره من العقود، وإن كان لو وقع منهما ترتّب الأثر ـ وإن أثما ـ من غير حاجة إلى إذن السيّد.

نعم، قد يقال بوجوب الأُجرة على من له العقد، على إشكال فيما إذا لم يكن ذلك بأمره: من وصول منفعة مال الغير إليه، ومن عدم حصول سبب الضمان منه فالأصل البراءة.

وكيف كان ﴿فإن عقد أحدهما من غير إذن وقف على إجازة المالك﴾ بناءً على المختار من صحّة الفضولي، خصوصاً في النكاح، وسيّما في العبد الذي عن الخلاف: الإجماع عليه[١]، مضافاً إلى المعتبرة المستفيضة فيه[٢]، فإن أجاز انكشف صحّة العقد على الأصحّ، وإلّا انكشف بطلانه. ↑ ج ٣٠ / ٢٠٤

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿قيل﴾ والقائل النهاية[٣] والتهذيب[٤] والمهذّب[٥] فيما حكي عنها: ﴿بل تكون[٦] إجازة المالك كالعقد

---

(١) الخلاف: النكاح / مسألة ١٨ ج ٤ ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ـ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٤ فما بعدها.

(٣) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ذيل ح ٥٤ ج ٧ ص ٣٤٨.

(٥) المهذّب: النكاح / نكاح الإماء والعبيد ج ٢ ص ٢١٦.

(٦) في نسخة الشرائع: يكون.

المستأنف﴾ قال فيها: «إنّ من عقد على أمة الغير بغير إذنه فنكاحه باطل، فإن رضي المولى كان رضاه كالعقد المستأنف».

ويمكن ـ بل في كشف اللثام: أنّه الظاهر[١] ـ إرادة التزلزل من البطلان فيه كما عن النكت[٢] والمختلف[٣]، أو البطلان إن لم يرض المولى، فيكون موافقاً للمشهور حينئذٍ، وإلّا كان واضح الفساد؛ ضرورة عدم التحليل بما لم يقصد منه ذلك، إذ الفرض رضاه بالعقد السابق.

﴿وقيل﴾ والقائل من أبطل الفضولي[٤]: ﴿يبطل﴾ العقد ﴿فيهما﴾ أي في العبد والأمة ﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿تلغى الإجازة﴾ إذ لا تصيّر الفاسد في نفسه صحيحاً. إلّا أنّك قد عرفت ما فيه.

﴿وفيه﴾ أيضاً ﴿قول رابع﴾ قد اختاره ابن حمزة[٥] فيما حكي عنه ﴿مضمونه: اختصاص﴾ تأثير ﴿الإجازة بعقد العبد﴾ للنصوص الكثيرة[٦] ﴿دون الأمة﴾ التي نهي عن العقد عليها بدون الإذن[٧]،

---

(١) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٠.

(٢) النهاية ونكتها: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

(٤) كالشيخ في المبسوط: النكاح / ذكر أولياء المرأة ج ٤ ص ١٦٣، وفخر الدين في الإيضاح: النكاح / في الأولياء ج ٣ ص ٢٧ ـ ٢٨.

(٥) الوسيلة: النكاح / من إليه العقد ص ٣٠٠.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٤ـ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٤ فما بعدها.

(٧) وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ٢٠ ص ٤٠٩، وباب ٢٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ ج ٢١ ص ١٢٠.

وهو يقتضي الفساد، بل في بعض الأخبار النصّ على البطلان[١]، وفي آخر: أنّه زنا[٢]، ومال إليه في الحدائق[٣]، بل لعلّه ظاهر محكيّ الخلاف[٤] والسرائر[٥].

﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿الأوّل أظهر﴾ بل الرابع منها واضح الضعف؛ ضرورة إرادة النكاح تامّاً ـ من دون مراعاة الإذن ولو لاحقاً ـ من النهي المزبور، وكذا البطلان والزنا كما عرفته في نظائر ذلك.

وخلوّ النصوص بالخصوص عن التعرّض للأمة اتّكالاً على ما ذكر في العبد الذي يمكن إرادة المملوك الشامل لهما منه، بل قد سمعت سابقاً[٦] أنّه ورد جواز نكاح أمة المرأة من غير إذنها[٧]، وإن كنّا لم نعمل به.

↑ ج ٣٠ / ٢٠٥

على أنّ بعض النصوص هنا قد اشتملت على التعليل الذي هو كالصريح في عدم الفرق بين العبد والأمة؛ كـ:

حسن زرارة أو موثّقه عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال: ذاك إلى سيّده؛ إن شاء أجازه وإن شاء فرّق

---

(١) عوالي اللآلي: المسلك الأوّل من الباب الأوّل ح ٧ و٨ ج ١ ص ٣٠٦. وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٨٥.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٩.

(٣) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤ و٢٠٥.

(٤) الخلاف: النكاح / مسألة ١١ و١٨ ج ٤ ص ٢٥٧ ـ ٢٥٨ و٢٦٦.

(٥) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٦.

(٦) في ج ٣٠ ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٧) وسائل الشيعة: انظر باب ١٤ من أبواب المتعة ج ٢١ ص ٣٩.

بينهما ، قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم بن عيينة[١] وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ولا يحلّله إجازة السيّد له ، فقال أبو جعفر عليه‌السلام : إنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده ، فإذا أجازه فهو جائز له»[٢].

وخبره الآخر عنه عليه‌السلام أيضاً : «سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه؟ فقال : ذلك إلى مولاه ؛ إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما ، وللمرأة[٣] ما أصدقها إلّا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً ، فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل ، فقلت لأبي جعفر عليه‌السلام : فإنّه في أصل النكاح كان عاصياً؟ فقال أبو جعفر عليه‌السلام : إنّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاصٍ لله ، وإنّما عصى سيّده ولم يعص الله ، إنّ ذلك ليس كإتيانه ما حرّمه الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه»[٤].

إذ هي صريحة في أنّ عصيان الله تعالى في النكاح ـ الذي هو من قبيل المعاملة ـ يقتضي فساده ، وأنّ نكاح العبد الغير المأذون

---

(١) في المصدر بدلها: عتيبة.

(٢) الكافي: النكاح / باب المملوك يتزوّج ح ٣ ج ٥ ص ٤٧٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٦٣ ج ٧ ص ٣٥١، وسائل الشيعة: باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١١٤.

(٣) في الكافي والتهذيب بدل «وللمرأة»: «فإن فرّق بينهما فللمرأة»، وفي الفقيه: «فإن فعل وفرّق بينهما فللمرأة».

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب المملوك يتزوّج ح ٤٥٤٨ ج ٣ ص ٤٤٦، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٢ ص ١١٥.

إنّما لم يفسد لأنّه لم يعص الله وإنّما عصى سيّده، وهذا لا فرق فيه بين العبد والأمة.

وتحقيق ذلك على وجهٍ يجدي في غير المقام أيضاً: أنّ المعصية المنفيّة في قوله عليه السلام: «لم يعص الله» ليست مطلق المعصية، بل المراد منها معصية مخصوصة تقتضي فساد النكاح.

والمعنى: أنّه لم يعص الله سبحانه عصياناً يوجب الفساد، كما في نكاح المحرّمات والنكاح في العدّة... وغيرهما ممّا يحرم لعينه أو وصفه اللازم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «إنّما أتى شيئاً حلالاً» وقوله عليه السلام: «إنّ ذلك ليس كإتيانه...» إلى آخره، وإلّا فعصيان السيّد يستلزم عصيان الله؛ لأنّ الله أوجب على العبد طاعة سيّده، فإذا عصى سيّده فقد عصى الله، فلا يصحّ نفي المعصية عنه مطلقاً، وإنّما يصحّ نفي المعصية الناشئة من أصل النكاح، فإنّ معصية الله في نكاح العبد بدون إذن سيّده إنّما نشأت من عصيان سيّده، وهو أمر خارج عن النكاح مفارق إيّاه.

↑ ج ٣٠ / ٢٠٦

وحاصل الوجه المذكور: أنّ المعصية الموجبة لفساد النكاح هي مخالفة أمر الله تعالى في نفس النكاح، وعصيان المملوك في نكاحه بدون إذن سيّده ليس كذلك، فإنّه قد حصل منه في نكاحه ذلك معصيتان: معصية لسيّده في أصل النكاح، ومعصية لله تعالى باعتبار مخالفته لسيّده، ومن المعلوم أنّ شيئاً منهما ليس عصياناً لله في أصل

النكاح ، فلا يكون عصيانه موجباً لفساد النكاح .

فمعنى قوله عليه‌السلام : «إنّه لم يعص الله ولكن عصى سيّده» أنّه لم يعص الله عصياناً راجعاً إلى أصل النكاح حتّى يفسد نكاحه ، وإنّما عصى سيّده معصية موجبة لعصيان الله فيما هو خارج عن النكاح ، وذلك لا يوجب فساده ، وهو صريح فيما اخترناه من التفصيل في الاُصول ، وحجّة على كلٍّ من إطلاقي القول بالفساد وعدمه .

لا يقال : إنّ ذلك يقتضي الصحّة وإن لم تحصل الإجازة ، وهو معلوم البطلان .

لأنّا نقول : عدم الصحّة مع فقد الإجازة ليس للتحريم ، بل لاشتراط رضا المولى في صحّة النكاح وإن كان متأخّراً عن العقد ، فمع حصوله لم يبق إلّا عصيانه في فعله ذلك ، وقد عرفت أنّه لا يقتضي الفساد ، فيصحّ العقد حينئذٍ لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، فقوله عليه‌السلام : «لم يعص . . .» إلى آخره إشارة إلى الثاني ، وقوله عليه‌السلام : «فإذا أجازه . . .» إلى آخره إشارة إلى الأوّل .

كما أنّ ما يقال[1] : إنّه لا دليل على خصوص المعصية المنفيّة التي تكون مدار الفساد .

يدفعه : ما عرفت من ظهور الخبرين في عدم اقتضاء المعصية بأمرٍ خارجٍ الفسادَ ، واقتضائها ذلك فيما كان راجعاً إلى أصل

(١) أورده وأجاب عنه في المصابيح في الفقه (للطباطبائي) : المناكح / مصباح : الأُولى منكوحة الأب ورقة ٢٩٣ (مخطوط).

النكاح أو وصفه اللازم، كما يشهد له قوله عليه‌السلام: «إنّما أتى شيئاً حلالاً...» إلى آخره.

على أنّه لا إشكال في دلالة الخبرين المزبورين على بطلان إطلاقي القول بالفساد وعدمه، وذلك يستلزم التفصيل[1]؛ إذ ليس في المسألة تفصيل آخر يمكن الحمل عليه.

كما يدفع ما عساه يقال[2]: من أنّ العصيان مخالفة الآمر، والسؤال في الرواية لم يقع إلّا عن التزويج بغير إذن الذي هو العنوان في كلام الفقهاء، فالمراد من العصيان حينئذٍ هو الوقوع بغير إذن، ولا شكّ أنّ العمومات تقتضي صحّته، بل المفروض فيما إذا كان هناك دليل شرعي يقتضي الصحّة، وحينئذٍ يكون معنى قوله عليه‌السلام: «لم يعص الله» أنّ فعل العبد موافق لقول الله الذي يقتضي الصحّة، غاية ما في الباب أنّه وقع بغير إذن السيّد، فلو كان السيّد هو المعقود له بغير إذنه تكون الإجازة له، فكذا العقد على عبده؛ لاتّحاد دليل الصحّة ومقتضاها، فالخبر حينئذٍ دالّ على عدم الاقتضاء كما عليه المعظم، ولو اُريد من العصيان ظاهره لم يصحّ الحكم بأنّه «لم يعص الله...» إلى آخره، بل كان الأمر بالعكس؛ إذ المفروض أنّه لم يقع منه نهي، وإنّما عصى الله في عقده بدون إذن سيّده؛ لنهيه عن ذلك بدون إذن مولاه.

↑ ج ٣٠ / ٢٠٧

بأنّ[3] العصيان إنّما يستعمل في مخالفة الحكم الشرعي، وإطلاقه

(١) الأولى بعدها إضافة: «المختار» مثلاً؛ كي ينسجم مع التعليل الذي بعده.

(٢) الهامش قبل السابق. (٣) متعلّق بقوله: «يدفع» في س ٦ من هذه الصفحة.

على مخالفة الحكم الوضعي كمخالفة الصحّة غير معهود، وإنّما المعهود فيه إطلاق الفساد والبطلان، مع أنّ الحمل عليه لا يستقيم في قوله عليه‌السلام: «وإنّما عصى سيّده»؛ إذ ليس للسيّد قول يقتضي الصحّة حتّى يكون فعل العبد مخالفاً له.

وحمل العصيان هنا على حقيقته مع إرادة المعنى المذكور في قوله عليه‌السلام: «لم يعص» تفكيك ركيك لا يلائمه الحصر، فإنّه إنّما هو بالقياس إلى ما نفي في قوله عليه‌السلام: «لم يعص الله»، فيكون إثباتاً للمعنى المنفي هناك، فلا يصحّ التفكيك على الحقيقة.

على أنّ الحقيقة في قوله عليه‌السلام: «عصى سيّده» متعذّرة بناءً على ما ذكر من «أنّ العصيان مخالفة الآمر...» إلى آخره، فينبغي حمله على ما يوجب العقوبة في الجملة وإن لم يكن لمخالفة الآمر، فيلزم الخروج عن ظاهر اللفظ في الموضعين مع التفكيك بحمله فيهما على معنيين مختلفين.

مع أنّ امتناع الحقيقة في قوله عليه‌السلام: «عصى سيّده» إنّما اقتضى الصرف عن الظاهر في قوله عليه‌السلام: «لم يعص الله» للزوم التفكيك بدونه على ما يفهم من كلامه، وإلّا فالحمل على الظاهر فيه ممكن بإرادة نفي العصيان على بعض الوجوه، فالعدول عنه ليس إلّا للفرار عن لزوم التفكيك، والحمل على المعنى المذكور كرّ فيما اُريد الفرار منه. ↑ ج ٣٠ / ٢٠٨

فالصواب أن يقال: إنّ العصيان في قوله عليه‌السلام: «لم يعص الله» جارٍ على أصله أعني مخالفة الآمر، والمعنى: أنّه لم يخالف أمر الله في

النكاح ، فإنّه لم يمنعه من النكاح ولم يحرّم[1] عليه ، وفي قوله عليه‌السلام : «عصى سيّده» مبنيّ على تنزيل العادة منزلة النهي ، فإنّها قاضية بمنع استقلال العبد بالنكاح وأشباهه ممّا يجب أن يصدر عن أمر المولى ورأيه ، أو محمول على فعل ما يوجب العقوبة وإن لم يكن لمخالفة الآمر مجازاً ، ولا يلزم التفكيك القبيح حينئذٍ ؛ للمناسبة الظاهرة بين المعنيين وصحّة الحصر بالقياس إلى المعنى المنفي ، بخلاف الحمل على مخالفة مقتضي الصحّة على ما عرفت .

ويمكن حمله في الموضعين على ما يوجب العقوبة مطلقاً : أمّا في عصيان السيّد فلتعذّر الحقيقة الموجب للحمل على المجاز ، وأمّا في عصيانه[2] فلئلّا يختلف ، وحينئذٍ فلا يلزم التفكيك ، غاية الأمر حصول المعنى في أحدهما بمخالفة الأمر ، وفي الآخر بأمر آخر غير ذلك ، وهذا لا يوجب التفكيك في المعنى المراد من لفظ العصيان ، كما هو واضح .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فـ﴿لو﴾ كان قد ﴿أذن المولى﴾ ابتداءً ﴿صحّ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿وعليه مهر مملوكه ونفقة زوجته﴾ كما تقدّم الكلام فيه مفصّلاً[3] .

﴿وله مهر أمته﴾ وإن تأخّرت الإذن ، بلا خلاف[4] ولا إشكال .

كما أنّ الظاهر وجوب النفقة عليه بالإذن المتأخّرة للعبد ؛ لأنّها

---

(١) في المصابيح ـ التي أُخذت العبارة منها ـ : ولم يحرّمه.

(٢) أي: لله.

(٣) في ج ٣٠ ص ٤٠٠...

(٤) كما في رياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٦٤.

تجب يوماً فيوماً، فهو بالنسبة إلى المتجدّد كالإذن المبتدأة من غير فرق، ولأنّها تلزم كلّ يوم فإنّها لا تعيش بلا نفقة، ولا ملك للعبد، فلو لم نوجبها على المولى بقيت بلا نفقة.

أمّا بالنسبة إلى المهر ففيه إشكال، ولعلّه: من أنّ الإجازة مصحّحة أو كاشفة، وأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه التي منها هنا المهر المعلوم لزومه للعقد الصحيح، والعبد لا يملك شيئاً.

ومن أنّ العقد لمّا وقع تبعه المهر ولم يلزم المولى حينئذٍ، وأنّها رضيت بكونه في ذمّة العبد، وفيهما منع ظاهر.

فالأقوى وجوبه بها بناءً على وجوبه بها في السابقة؛ لعدم ظهور الفرق بينهما عند التحقيق. ↑ ج ٣٠ / ٢٠٩

نعم، في القواعد: احتمال ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد المتجدّد، ومنه ربح تجارته، فيصرف حينئذٍ ما يكسبه كلّ يوم في نفقتها، فما فضل يعطى من المهر حتّى إذا وفّى أعطى الفاضل لمولاه، ولا يدّخر لنفقة اليوم الآتي شيئاً؛ فإنّ نفقة كلّ يوم إنّما تتعلّق بكسبه[1].

وعلى هذا لا يضمن السيّد شيئاً من النفقة والمهر إن أعوز الكسب؛ لأنّهما لم يتعلّقا بذمّته، بل بمال معيّن له، كما أنّ أرش الجناية يتعلّق برقبته لا بذمّة المولى، وإنّما يجب عليه أن يمكّنه من الاكتساب بما يفي بهما.

فإن منعه من الاكتساب ـ بأن استخدمه يوماً أو أيّاماً ـ فأُجرة المثل؛ لأنّه كالأجنبي، ويحتمل وجوب أقلّ الأمرين من الأُجرة

(١) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٥.

والكسب، ويحتمل أقلّ الأمرين من الكسب والنفقة إن وفّى المهر.

هذا كلّه في ذي الكسب.

أمّا إذا لم يكن ذا كسب أو قصر كسبه عن النفقة، احتمل ثبوتها في رقبته وفي ذمّة المولى، بل عن الشيخ في المبسوط: ثبوت النفقة في رقبته حتّى في ذي الكسب، فيباع حينئذٍ كلّ يوم جزء منه فيها إن أمكن وإلّا فجملة، ولم يذكر المهر[1].

ولعلّه أولى بتعلّقه بها من النفقة لكونه عوض البضع، فتنزيله منزلة أرش الجناية أظهر. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّها لمّا مكّنته من نفسها فقد رضيت بالتأجيل، فيتبع به بعد العتق.

وقد يحتمل أيضاً: عدم وجوب الكسب على العبد في النفقة مع عدم التزام المولى بها، فتخيّر الامرأة حينئذٍ بين الصبر إلى أن يتمكّن العبد من الإنفاق عليها، وبين الفسخ بنفسها أو بالحاكم بناءً على جواز ذلك في زوجة المعسر عن الإنفاق، ولكن قد عرفت التحقيق في ذلك كلّه هناك[2]، فلاحظ وتأمّل.

وكيف كان، فلو اشترته زوجته أو اتّهبته انفسخ النكاح، فإن كان قبل الدخول سقط نصف المهر الذي في ذمّة السيّد؛ لكونه انفساخاً قبل الدخول باختيارها مع من عليه المهر، فتكون كالخالعة قبل الدخول. ويحتمل سقوط جميعه؛ لأنّه فسخ من قبلها من دون اختيار للزوج،

---

(١) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ٢٠.

(٢) في ج ٣٠ ص ٤٠٤.

وهو مسقط للمهر.

وإن ضمنه غيره: فإن اشترته من مولاه بالمهر الذي لها في ذمّته بطل الشراء على الثاني؛ لخلوّ البيع حينئذٍ عن العوض، فصحّته حينئذٍ تقتضي بطلانه، وبطل النصف خاصّة على الأوّل.

ج ٣٠ / ٢١٠

نعم، لها شراؤه بما يساوي المهر في الذمّة ثمّ تقاصّه، كما أنّه يصحّ شراؤها له بالمهر المضمون بعد الدخول؛ ضرورة استقراره.

نعم، في القواعد: «لو جوّزنا إذن المولى في نكاح العبد، على وجهٍ يكون المهر في ذمّة العبد ـ لأنّ له ذمّة؛ ولذا يضمن المتلفات ـ فاشترته به بطل البيع ـ أي قبل الدخول وبعده ـ لأنّ تملّكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر، فيخلو البيع عن العوض»[1] فتأمّل.

ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين اتّحاد المالك وتعدّده، كما أشار إليه المصنّف بقوله: ﴿وكذا لو كان كلّ واحد منهما﴾ أي العبد والأمة ﴿لمالك أو أكثر﴾.

وحينئذٍ ﴿فـ﴾إن ﴿أذن بعضهم لم يمض إلّا برضا الباقين أو إجازتهم بعد العقد على الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده المقتضية صحّة الفضولي الذي من جملته محلّ الفرض، كما تقدّم الكلام فيه مفصّلاً[2].

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٥ (العبارة ممزوجة مع عبارة كشف اللثام، مع تصرّف).

(٢) في ج ٣٠ ص ٤١٠.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿إذا كان الأبوان رقّاً كان الولد كذلك﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال؛ لأنّ نماء المال ملك لمالكه ﴿فإن كانا﴾ أي العبد والأمة ﴿لمالك واحد فالولد له، وإن كانا لاثنين كان الولد بينهما نصفين﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب[٢]، بل كافّتهم عدا أبي الصلاح: فجعله لمولى الأمة كسائر الحيوانات[٣].

وفيه: أنّ السبب هنا في التنصيف اقتضاء العقد لحوق الأولاد بهما، والفرض عدم مزيّة لأحدهما على الآخر كي يختصّ اللحوق به، كما يومئ إليه ما تسمعه من نصوص تزوّج العبد حرّة وبالعكس، الظاهرة في كون اللحوق هناك للحرّ منهما باعتبار أشرفيّته، التي منها يعلم التساوي في اللحوق بهما مع عدم المزيّة.

أمّا إذا لم يكن ثَمَّ لحوق لعدم العقد ـ كما في زنا العبد بأمة ـ فإنّه يلحق بالاُمّ، كما صرّح به الفاضل في القواعد[٤] وغيره[٥]، بل لم يحك فيه خلاف؛ لكونه نماءً لها كباقي الحيوانات.

---

(١) كما في جامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٧١، ومسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٩.

(٢) كما في كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٤.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٧.

(٤) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

(٥) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٨٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٢.

ج ٣٠ / ٢١١

ولعلّ الوجه فيه: أنّ الانعقاد من نطفة الاُمّ، وأنّ نطفة الفحل من المعدّات، كما عساه يشهد له ما قيل[1]: من اتّفاق الانعقاد من رائحة منيّ الفحل، فهي حينئذٍ كالماء في نبات الأرض. أو أنّ الوجه فيه: عدّ ذلك من نماء الاُمّ وتوابعها عرفاً، نحو البيض في الطير مثلاً والثمر في الشجر... أو غير ذلك.

أمّا لو زنى العبد بحرّة فلا لحوق شرعاً، والأصل الحرّيّة، لكن في كشف اللثام: أنّه قطع الأصحاب برقّيّة الولد من الحرّة التي تزوّجت عبداً غير مأذون عالمةً بذلك[2]. وكأنّه منافٍ لذلك.

اللّهمّ إلّا أن يحمل العقد بالنسبة إليه شبهة أو في حكمها لنقصان عقله، فتتّجه حينئذٍ الرقّيّة؛ باعتبار تحقّق سبب اللحوق به بالنسبة إليه دونها، كما لو تزوّجت أمة حرّاً بغير إذن مولاها عالماً بذلك، فإنّ ولدها منه رقّ؛ لعدم اللحوق به لكونه زانياً، وهي كالمشتبهة لنقصان عقلها، فيبقى ولدها رقّاً.

مضافاً إلى أنّه نماء الملك، نحو ما لو زنى الحرّ بأمة، فإنّ الولد رقّ لعدم اللحوق، فإنّه لا سبب له شرعاً، ولكن يبقى مقتضى تبعيّة نماء الملك.

أمّا لو تزوّج عبد غير مأذون بأمة غير مأذونة فالظاهر التنصيف أيضاً؛ إجراءً لحكم العقد منهما مجرى الشبهة الملحقة بالنكاح الصحيح

---

(١) ينظر القانون في الطب: ج ٢ ص ٥٩٤.

(٢) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١١.

المقتضي للحوق الولد بهما كما عرفت.

وعلى كلّ حال، فالتنصيف في المتن وغيره[١] كما عرفت لكونه نماء ملكهما كما علّله به غير واحد[٢]، حتّى أشكله في المسالك[٣] وكشف اللثام[٤] والحدائق[٥]: بعدم ظهور الفرق بين الإنسان وغيره من الحيوانات التي لا إشكال في تبعيّة النماء للأُمّ فيها؛ إذ قد عرفت أنّ الإنسان كغيره أيضاً في ذلك حيث لم يكن عقد أو ما هو بمنزلة العقد من الشبهة للطرفين أو أحدهما، بل لعلّه لذا وجب على من اشترى أمة وأولدها ثمّ بان أنّها للغير دفع قيمة الولد، كمن تزوّجها على أنّها حرّة فبان أنّها أمة... وغير ذلك ممّا ذكرناه وما لم نذكره ممّا هو مبنيّ أيضاً على كون الإنسان كالحيوان في التبعيّة للأُمّ، فتأمّل جيّداً.

﴿ولو اشترطه﴾ أي الولد ﴿أحدهما[٦] أو شرط[٧] زيادة عن نصيبه لزم الشرط﴾ بلا خلاف أجده فيه[٨]؛ لعموم «المؤمنون عند

↑ ج ٣٠ / ٢١٢

---

(١) كقواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٥، وكفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٧٧.

(٢) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٧١.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٩.

(٤) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٤.

(٥) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

(٦ و٧) في نسخة الشرائع: لأحدهما... اشترط.

(٨) صرّح بالحكم في المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٩، وقواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٥ ـ ٥٦، وجامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٧٢، وكفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٧٧.

شروطهم»[١]؛ بل لا يبعد صحّة هذا الشرط في الحيوانات غير الإنسان أيضاً، بل في كلّ مال مشترك شركةً تقتضي الشركة في الفرع على حسب الأصل لولا الشرط، وليس ذلك من الشرائط المخالفة للسنّة؛ فإنّ تبعيّة الملك للنماء لا تنافي تمليك من هو له بالشرط لغيره، كما يملك ماله المعيّن به.

واحتمال الفرق: بكونه في الثاني كالهبة، بخلافه في الأوّل.

يدفعه: ظهور النصّ[٢] والفتوى في صحّة التملّك بالشرط لكلّ ما يقبل التمليك مجّاناً أو بالعوض وإن لم نقل بقيام الشرط مقام الأسباب في غير ذلك.

ولعلّه لعدم انحصار نحو هذا التمليك بسبب خاصّ ولفظ كذلك، فيكفي فيه حينئذٍ الرضا بالشرط ممّن اشترط عليه، ويكون ذلك بمنزلة الإيجاب والقبول في ضمن عقد لازم، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع.

أو يقال: إنّه من اشتراط إسقاط حقّه من النماء واختصاص الحقّ بالآخر... أو غير ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو كان أحد الزوجين حرّاً، لحق الولد به سواء كان الحرّ هو الأب أو الأُمّ﴾ وفاقاً للمشهور[٣]؛ لأصالة الحرّيّة

---

(١) تقدّم في ص ٣٢٤.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٢ من أبواب أحكام العقود ج ١٨ ص ٩٢.

(٣) كما في غاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٩٦، ومسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ١٠، ونهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٦٥.

وغلبتها ، والمعتبرة المستفيضة ؛ كـ:

مرسل مؤمن الطاق عن أبي عبد الله عليه السلام : «أنّه سئل عن المملوك يتزوّج الحرّة ، ما حال الولد؟ فقال : حرّ ، فقلت : والحرّ يتزوّج المملوكة؟ قال : يلحق الولد بالحرّيّة حيث كانت ؛ إن كانت الأُمّ حرّة أُعتق بأُمّه ، وإن كان الأب حرّاً أُعتق بأبيه»[١].

وخبر جميل وابن بكير : «في الولد بين الحرّ والمملوكة؟ قال : يذهب إلى الحرّ منهما»[٢].

وخبر جميل أيضاً : «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوّج العبد الحرّة فولده أحرار ، وإذا تزوّج الحرّ الأمة فولده أحرار»[٣].

ج ٣٠ / ٢١٣

وخبره أيضاً : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن الحرّ يتزوّج الأمة ، أو عبد تزوّج حرّة؟ قال : فقال لي : ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً ، إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان أباً أو أُمّاً»[٤].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك ، مؤيّداً بأصالة الحرّيّة وبنائها على التغليب ، وقد عرفت أنّ مقتضى العقد التشريك في الولد ،

---

(١) الكافي: النكاح / باب الولد إذا كان أحد أبويه... ح ٢ ج ٥ ص ٤٩٢. وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٢٢.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٥ ج ٧ ص ٣٣٥. وانظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١. و«الوسائل»: ح ٤ ص ١٢١.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٦ ص ٣٣٦. و«الكافي» في الهامش قبله: ح ٣. و«الوسائل»: ح ٦.

(٤) الكافي: النكاح / باب الولد إذا كان أحد أبويه... ح ٤ ج ٥ ص ٤٩٢. وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨ ج ٢١ ص ١٢٣.

فيكون جزء منه حرّاً ويسري إلى الجزء الآخر تغليباً. مضافاً إلى أصالة عدم لحوق أحكام العبيد من التحجير وغيره ممّا هو منافٍ لإطلاق «أوفوا بالعقود»[١] ونحوه.

خلافاً للإسكافي فقال ـ كما في المختلف ـ: «إذا زوّج الأمة سيّدها ومولاتها فولدت فهو بمنزلتها رقّ إلّا أن يشرط الزوج عتقهم، ولو تزوّجت بعده فولدت كان المولى بالخيار في الولد: إن شاء أعتق وإن شاء رقّ، ما لم يشترط الثاني كما اشترط الأوّل»[٢]. نعم، حكى عنه في المختلف: «أنّه حكم بأنّ العبد إذا تزوّج الحرّة كان ولده أحراراً»[٣] كقولنا، فدليله فيما ذكر:

حسن الحلبي وصحيحه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوّج أمة من رجل وشرط له أنّ ما ولدت فهو حرّ، فطلّقها زوجها أو مات عنها، فزوّجها من رجل آخر، ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها، ما جعل ذلك إلّا للأوّل، وهو في الآخر بالخيار: إن شاء أعتق وإن شاء أمسك»[٤].

وصحيح البصري عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً: «في رجل زوّج جاريته رجلاً واشترط عليه أنّ كلّ ولد تلده فهو حرّ، فطلّقها زوجها ثمّ

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦٣.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٦٤.

(٤) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب العتق وأحكامه ح ٣٤٤٤ ج ٣ ص ١١٦، تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق ح ٤٢ ج ٨ ص ٢٢٥، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١٣ ج ٢١ ص ١٢٤.

تزوّجها آخر فولدت منه؟ قال: إن شاء[١] لم يعتق»[٢].

وخبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: «لو أنّ رجلاً دبّر جارية، ثمّ زوّجها من رجل فوطئها، كانت جاريته وولدها منه مدبّرين، كما لو أنّ رجلاً أتى قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك»[٣].

وصحيح أبان: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل دبّر مملوكة، ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً، ثمّ مات زوجها وترك أولاداً منها؟ فقال: أولاده منها كهيئتها، فإذا مات الذي دبّر فهم أحرار، قلت: أيجوز للّذي دبّر اُمّهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أرأيت إن ماتت اُمّهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحرّ، أيجوز لسيّدها أن يبيع أولادها أو يرجع عليهم في التدبير؟ قال: إنّما كان له أن يرجع في تدبير اُمّهم إذا احتاج ورضيت...»[٤].

↑ ج ٣٠ / ٢١٤

وخبر عبد الله بن سلمان[٥] في حديث: «سألته عن رجل زوّج

---

(١) في المصدر بعدها إضافة: أعتق وإن شاء.

(٢) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٦٢ ج ٨ ص ٢١٢، الاستبصار: النكاح / باب ١٢٧ أنّ الولد لاحق بالحرّ ح ٧ ج ٣ ص ٢٠٤، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ١١).

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٩ ج ٧ ص ٣٣٦، الاستبصار: (الهامش السابق: ح ٥ ص ٢٠٣)، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١٠ ج ٢١ ص ١٢٣.

(٤) الكافي: العتق / باب المدبّر ح ٦ ج ٦ ص ١٨٤، تهذيب الأحكام: العتق / باب ٢ التدبير ح ٤ ج ٨ ص ٢٥٩، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب التدبير ح ١ ج ٢٣ ص ١٢٥.

(٥) في المصدر: عبدالله بن سليمان.

وليدته رجلاً؟ قال[١]: أوّل ولد تلد منه[٢] فهو حرّ، قلت[٣]: فتوفّي الرجل وتزوّجها آخر فولدت له أولاداً؟ فقال: أمّا من الأوّل فهو حرّ، وأمّا من الآخر فإن شاء استرقّهم»[٤].

وخبر الحسن بن زياد: «قلت له: أمة كان مولاها يقع عليها، ثمّ بدا له فزوّجها، ما منزلة ولدها؟ قال: منزلتها، إلّا أن يشترط زوجها»[٥].

مؤيّداً ذلك كلّه: بأنّه نماء ملكه، ومعلوميّة تقدّم حقّ العبد على حقّ الله.

إلّا أنّها ـ وإن كان فيها الصحيح وغيره ـ قاصرة عن معارضة السابقة المفتى بمضمونها، الموافق لما عرفت، المخالف للعامّة الذين جعل الله الرشد في خلافهم، ومن هنا حكي عن بعضهم[٦] حمل هذه الأخبار على التقيّة، كما أنّه يمكن حملها على كون الرجل عبداً أو حرّاً قد اشترط عليه ذلك بناءً على صحّة الشرط... أو غير ذلك ممّا لا بأس به بعد وضوح قصورها ولو بالإعراض من الطائفة المحقّة.

---

(١) في المصدر بدلها: وقال.

(٢) في المصدر بدل «تلد منه»: تلدينه.

(٣) ليست في المصدر.

(٤) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق ح ٤٣ ج ٨ ص ٢٢٥، وسائل الشيعة: باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١٤ ج ٢١ ص ١٢٥.

(٥) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٦٩ ج ٨ ص ٢١٤، الاستبصار: النكاح / باب ١٢٧ أنّ الولد لاحق بالحرّ ح ٦ ج ٣ ص ٢٠٣، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ١٢ ص ١٢٤).

(٦) كالبحراني في الحدائق: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢١٢.

فلا مناص حينئذٍ عن القول بالحرّيّة مع حـرّيّة أحـدهما ﴿إلّا أن يشترط المولى﴾ للأمة أو العبد ﴿رقّ الولد، فـ﴾إنّه ﴿إن شـرط لزم الشرط على قول مشهور﴾ بين الأصحاب، بل لم أجـد فـيه تـردّداً ـ فضلاً عن الخلاف ـ قبل المصنّف، بل ظاهر حمل الشيخ[1] والفاضل[2] خبر أبي بصير السابق[3] على الشرط المفروغيّة عنه.

ولعلّه لعموم «المؤمنون...»[4] وإطلاق النصوص المزبورة الشامل لحالي الشرط وعدمه، كشمول إطلاق الأدلّة، إلّا أنّها رجّحت على هذه في صورة عدم الشرط بالعمل بين الأصحاب عدا ابن الجنيد، فلترجّح هذه على تلك أيضاً بالعمل بين الأصحاب في صورة الشرط.

↑ ج ٣٠ / ٢١٥

على أنّ شرط الرقّيّة في الفرض نحو شـرط الحـرّيّة التـي صـرّح بصحّته فيها وإن كان لا يفيد إلّا عـلى مـذهب ابـن الجـنيد؛ ضـرورة اشتراكهما في كونهما شرطي نتيجة شرعيّة لأسباب خاصّة، فمع فرض صلاحيّة الشرط للأوّل منهما يتّجه صلاحيّته للثاني منهما، بل هو لازم له عند التأمّل، واستبعاد صلاحيّة الشرط لذلك اجتهاد في مقابلة النصّ.

ودعوى: عدم صلاحيّة الشرط لرقّيّة الحرّ؛ وإلّا لصحّ اشتراطها في المتولّد من الحرّين.

---

(١) تـهذيب الأحكـام: النكـاح / بـاب ٣٠ العـقود عـلى الإمـاء ذيـل ح ٩ ج ٧ ص ٣٣٦، الاستبصار: النكاح / باب ١٢٧ أنّ الولد لاحق بالحرّ ذيل ح ٥ ج ٣ ص ٢٠٣.

(٢) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦٤.

(٣) في ص ٣٧٩.

(٤) تقدّم في ص ٣٢٤.

يدفعها : أنّ المسلّم امتناعه تأثير الشرط في رقّيّة المتّصف بالحرّيّة فعلاً بل والمستعدّ لها مع عدم مقتضٍ لها غيره كالمتولّد من الحرّين ، فإنّ رفع اليد من كلّ من الأبوين عن مقتضى تأثير إطلاق العقد الشركة يقتضي عدم لحوق المتولّد منهما بكلّ منهما في الصفة ، وذلك لا يقتضي الرقّيّة ، بل أقصاه نفي حرّيّته من حيث التبعيّة ، أمّا حرّيّته للأصل فهي باقية لم ترتفع بشيء .

بخلاف ما نحن فيه ، فإنّ رفع يد الحرّ عن مقتضى ما أثبته العقد له من الشركة في الولد يقتضي اختصاص الآخر بالنماء فيتبعه في الملك حينئذٍ ، ففي الحقيقة صيرورته رقّاً بالتبعيّة لا بالشرط ، وإنّما أفاد رفع مقتضي الحرّيّة الذي كان حاصلاً بسبب إطلاق العقد ، بل عند التأمّل الجيّد لا يزيد ما نحن فيه على اشتراط مالك العبد على مالك الجارية كون النماء له وبالعكس الذي قد ذكرنا أنّه لا خلاف في صحّته .

ودعوى منع صلاحيّة الشرط لذلك أيضاً ممنوعة ؛ فإنّه لا عقل ولا نقل يقتضي حرّيّة المتولّد بين الحرّ والمملوك على وجهٍ ينافي الشرط المزبور ، بل لعلّهما شاهدان على خلافه كما عرفت .

نعم ، أقصى ما دلّت عليه الأدلّة أنّه مع الإطلاق يقتضي الشركة في الولد ، فيكون جزؤه حرّاً ، وقد عرفت غير مرّة أنّ الحرّيّة تسري لبنائها على التغليب ، فمن هذه الجهة حكم بالحرّيّة في النصوص المزبورة مع الإطلاق ، وهو المراد من قوله عليه‌السلام فيها : «ليس يسترقّ الولد . . .» إلى آخره ، لا أنّ المراد أنّه لا يصحّ الاشتراط على الحرّ من مولى المملوك

↑ ج ٣٠ / ٢١٦

كون النماء له ، الذي قد عرفت ظهور الأدلّة في خلافه .

بل منه يعلم : ما في كلام هؤلاء المتأخّرين الذين أقدموا على مخالفة الحكم المسلّم فيما بينهم بمثل هذه التشكيكات ؛ ضرورة أنّه :

إن كان المانع : أنّ الشرط غير صالح لإثبات النتائج من دون أسبابها فلا معنى لإثبات الرقّيّة به ، ففيه : ـ بعد التسليم ـ أنّه كاشتراط كون النماء له في المملوكين وغيره ممّا جاء بالأدلّة .

وإن كان المانع : أنّه شرط غير مقدور ـ باعتبار أنّ رقّيّة الولد ليست للأب ؛ كي يصحّ اشتراط ذلك عليه ـ ففيه : منع كون ما نحن فيه من هذا القبيل ، بل هو من اشتراط مولى المملوك أنّ النماء له فيتبعه في الملك ، وليس في العقل ولا في النقل ما يدلّ على عدم صحّة اشتراط ذلك ، بل هما شاهدان لنا على الصحّة ، ولا ينافيه استعداد النطفة للحرّيّة لولا الشرط للتقريب الذي ذكرناه ، فهو في الحقيقة اشتراط إسقاط ما اقتضاه إطلاق العقد من الشركة في النماء كغيره من الشرائط ، لا من اشتراط رقّيّة الحرّ كي يكون من المستبشعات .

بل منه يعلم : النظر في حصرهم الدليل في خبر أبي بصير الذي ناقشوا فيه بالضعف تارةً ، وبكونه مقطوعاً في رواية التهذيب[1] أُخرى ... وبنحو ذلك ، ولم يلتفتوا إلى إطلاق الروايات المعتبرة المعتضدة بفتوى الأصحاب في صورة الشرط ، بل لا ينكر صراحتها في

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٩ ج ٧ ص ٣٣٦ (المتن والهامش).

قابليّة الشرط لحرّيّة الرقّ لولاه، التي يعلم منها كون ذلك وعكسه ممّا يصلح لإثباته بالشرط بالتقريب الذي قد سمعته، فتأمّل جيّداً فإنّه دقيق نافع.

مضافاً إلى ما تسمعه من النصوص في ولد المحلّلة[1] ما لم يشترط حرّيّته فضلاً عن اشتراط رقّيّته.

وعلى كلّ حال، فعلى القول ببطلان الشرط وأنّه يقتضي بطلان العقد تثبت حرّيّة الولد مع الوطء شبهةً؛ لعدم العلم بالفساد، أمّا مع علمه فالظاهر الرقّيّة حينئذٍ؛ لكونه من الزنا المقتضي لعدم لحوق الولد، فتبقى قاعدة تبعيّة النماء للملك سالمة حينئذٍ.

ج ٣٠ / ٢١٧

أمّا على القول بعدم اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد فلا ريب في ثبوت الحرّيّة؛ ضرورة كون العقد حينئذٍ كالمطلق. وإن كان قد يقال: إنّ إقدام المالك على ذلك يقتضي إثبات القيمة له على الحرّ، لكنّه كما ترى.

أمّا على القول بصحّة الشرط فلا إشكال في ترتّب مقتضاه حينئذٍ.

بل في القواعد[2] والمسالك[3] وغيرهما[4]: أنّه لا يسقط بالإسقاط، وإنّما يعود الولد إلى الحرّيّة بسبب جديد كملك الأب له.

---

(١) تأتي في ص ٥٥١.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ١٢.

(٤) كجامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٧٤، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢١٤.

وفيه : منع عدم صلاحيّة الشرط المزبور للإسقاط ؛ لتناول ما دلّ على صحّة إسقاط مثله له ، فيعود حينئذٍ بعد الإسقاط إلى اقتضاء العقد الحرّيّة بالتقريب الذي عرفته ، والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿إذا تزوّج الحرّ أمة من غير إذن المالك﴾ سابقاً ولاحقاً ﴿ثـمّ وطئها قبل الرضا عالماً بالتحريم﴾ ولم يلحقه ثَمَّ رضا ﴿كان زانياً﴾ قطعاً ﴿وعليه الحدّ﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ، لا أنّ المراد قبل تـبيّن الرضا مع احتمال حصوله ؛ إذ ذاك ليس بزناً قطعاً وإن أثم هو أيضاً به ، لكن من المحتمل مصادفته للزوجيّة واقعاً لاحتمال حصول الإجازة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

نعم ، يترتّب عليه تعزير بإقدامه المحرّم عليه ، بل والحدّ أيضاً بناءً على أنّ الإجازة ناقلة ، لكنّ التحقيق أنّها كاشفة كما عرفت في محلّه .

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿لا مهر﴾ لها عند المصنّف وبـعض[٢] ﴿إذا[٣] كانت عالمة مطاوعة﴾ لأنّها حينئذٍ بغيّ ، و«لا مهر لبـغيّ»[٤]، وليس منفعة البضع على حسب غيرها من الأموال التي تضمن بالاستيفاء على

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: (انظرها في الهامش السابق: ص ٢١٥).

(٢) كفخر الدين في الإيضاح: النكاح / نكـاح الإمـاء ج ٣ ص ١٤١، والمـقداد فـي التـنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٠.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك: إن.

(٤) تلخيص الحبير: ح ١٢٧٣ ج ٣ ص ٥٥، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢١٤، جامع المـقاصد: ج ٥ ص ١٣١، مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٤٢.

كلّ حال، بل وكذا باقي الاستمتاعات؛ ومن هنا لم يترتّب عوض على من استمتع بأمة الغير بغير الوطء وإن ضمن الأُجرة لو استخدمها، وإنّما يضمن البضع خاصّة في الأمة بالعقد أو الشبهة أو الإكراه.

ج ٣٠ / ٢١٨

لكن فيه: ـ مضافاً إلى ما تسمعه من الصحيحين ـ أنّ الخبر ظاهر في الحرّة؛ بقرينة ذكر المهر المتعارف إطلاقه على صداقها، بخلاف عوض بضع الأمة المسمّى بالعقر ونحوه، ومن هنا سمّيت الحرّة مهيرة دونها.

على أنّ قوله صلى الله عليه وآله: «لبغيّ» يقتضي الملك أو الاستحقاق المنفيّين عن الأمة التي مهرها لسيّدها، فهو حينئذٍ قرينة ثانية على إرادة الحرّة من الخبر. ولو سلّم إمكان إرادة الاختصاص نحو «السرج للدابّة» فهو مجاز لا قرينة عليه.

مؤيّداً ذلك كلّه: بعدم صلاحيّة بغيها لإسقاط حقّ الغير؛ فإنّ ذلك ليس عقوبة لها. وبمنع عدم ماليّة بضع الأمة الذي لا وجه لقياسه على غيره من الاستمتاع لو سلّم الحكم في المقيس عليه؛ باعتبار عدم عدّه مالاً في العرف والشرع، بخلاف الوطء المقابل به عرفاً وشرعاً، هذا.

وفي وجوب المسمّى عليه، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً، وجوه بل أقوال، لا يخلو الأخير منها من قوّة، وفاقاً للمحكي عن ابن حمزة[1] واختاره سيّدا المدارك[2] والرياض[3] على ما حكي عن أوّلهما.

---

(١) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٤.

(٢) نهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٧٠.

(٣) رياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

لصحيح الوليد بن صبيح عن الصادق عليه السلام: «في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له؟ قال: إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد. قال: قلت: كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال: إن وجد ما أعطاها فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها، وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه، ولمواليها عشر قيمة ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها، قال: وتعتدّ منه عدّة الأمة. قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي»[1].

↑ ج ٣٠ / ٢١٩

الظاهر في أنّ ذلك بسبب ما استوفاه من منفعة البضع التي لا فرق في كيفيّة استيفائها بزنا أو شبهة عقد أو شراء... أو غير ذلك.

كما يؤيّده: فتوى المشهور بين الأصحاب في باب البيع[2] أنّ من اشترى أمة فخرجت مستحقّة للغير أُغرم له ذلك؛ حتّى أنّ المصنّف نفسه

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١ ج ٥ ص ٤٠٤، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٥٧ ج ٧ ص ٣٤٩، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٨٥.

(٢) نسب إلى الشهرة هناك في مسالك الأفهام: البيع / لواحق بيع الحيوان ج ٣ ص ٣٩٢.

وممّن قال بذلك: الشيخ في الخلاف: البيوع / مسألة ٢٥١ ج ٣ ص ١٥٨، والآبي في كشف الرموز: التجارة / بيع الحيوان ج ١ ص ٥١٥ ـ ٥١٦، والعلّامة في الإرشاد: المتاجر / بيع الحيوان ج ١ ص ٣٦٧، والأردبيلي في مجمع البرهان: المتاجر / بيع الحيوان ج ٨ ص ٢٨٨.

أفتى به هناك[١]، بل ظاهرهم ما صرّح به بعضهم[٢] هناك: من عدم الفرق بين كون الأمة عالمة وغير عالمة، إلّا من الشهيد في الدروس[٣].

واحتمال: اختصاص ذلك بصورة الوطء شبهة لا ما يشمل الزنا الذي هو محلّ البحث؛ بقرينة قوله عليه السلام: «بما استحلّ».

يدفعه أوّلاً[٤]: ظهور إرادة المقابلة من قوله عليه السلام: «بما استحلّ» لا خصوص الوطء بعنوان كونه حلالاً له، نحو قول أبي جعفر عليه السلام في خبر زرارة ـ الذي سئل عمّن اشترى جارية ثمّ ظهر كونها مستحقّة بالبيّنة ـ: «تردّ إليه جاريته ويعوّضه ممّا انتفع...»[٥] بناءً على إرادة ذلك منه.

على أنّ صحيح الفضيل بن يسار صريح في عدم مدخليّة الاستحلال، سأل الصادق عليه السلام عمّا «... إذا أحلّ له ما دون الفرج، فغلبته الشهوة فافتضّها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قال: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن بكراً فنصف العشر»[٦].

---

(١) شرائع الإسلام: التجارة / بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٩.

(٢) كالشهيد الثاني في الروضة: المتاجر / الفصل الثالث ج ٣ ص ٣٢٧.

(٣) الدروس الشرعيّة: البيع / درس ٢٤٧ ج ٣ ص ٢٣٠.

(٤) ليس لها عِدل ظاهر في العبارة.

(٥) الكافي: المعيشة / باب من يشتري الرقيق ح ١٣ ج ٥ ص ٢١٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٥ العيوب الموجبة للردّ ح ٢٠ ج ٧ ص ٦٤، وسائل الشيعة: باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ٢٠٤.

(٦) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ١ ج ٥ ص ٤٦٨، تهذيب الأحكام: ←

بل من إطلاق الصحيحين يعلم الحكم في أصل المسألة ، وأنّه لا مدخليّة لبغيها في سقوط حقّ المولى ، خصوصاً إذا كانت بكراً فإنّه ينبغي القطع بثبوت ذلك له .

واحتمال : القول بخروجه عن محلّ البحث ؛ باعتبار كونه جناية على المملوك موجبة لنقصه ، فضمانه من هذه الحيثيّة لا من حيث كونه مهراً .

يدفعه : معلوميّة كون العشر ـ الذي أثبته الشارع ـ نصفه أرشاً للبكارة ونصفه من حيث الانتفاع بالوطء ؛ بقرينة قوله عليه‌السلام : «وإن لم تكن بكراً فنصف العشر» كما هو واضح بأدنى تأمّل .

ومنه يعلم : الحكم فيما لو كان المتزوّج بالأمة من غير إذن سيّدها عبداً وكانت بكراً ، فإنّ الذي يتعلّق برقبته نصف العشر ، وبذمّته النصف الآخر .

ج ٣٠
٢٢٠

لكن في القواعد : «إن قلنا : إنّه أرش جناية تعلّق برقبته فلابدّ أن يباع فيه ، وإن قلنا : إنّه مهر تبع به بعد العتق»[1] .

وفي كشف اللثام : «الأقوى الأوّل ، خصوصاً بالنسبة إلى المولى ، وعدم ضمان الأرش بوطء الحرائر لأنّه تابع للوطء ، فهو جناية مباحة كالاختتان والخفض»[2] .

← النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٦ ج ٧ ص ٢٤٤، وسائل الشيعة: باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٢.

(١) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

(٢) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٦.

وفيه : ما عرفت من أنّ الظاهر تحقّق الجناية فيه والوطء ، ولكلٍّ موجَب كما عرفته .

بل منه يظهر : أنّ ذلك تقدير شرعي لبضع الأمة في جميع أحوال استيفائه بغير العقد الصحيح ، من غير فرق بين الزنا وغيره والعلم والجهل من الواطئ أو الأمة ؛ للتعليل ، والقطع بعدم الفرق في[1] مورد الصحيحين وغيره كما اعترف به في الرياض[2]. فالصور الأربعة ـ المذكورة في المسالك[3] وغيرها[4] ـ متّحدة بالنسبة إلى هذا الحكم ، كغيرها من صور وطء الأمة بغير العقد الصحيح ، والله العالم .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فلا إشكال في أنّها ﴿لو أتت بولد كان﴾ الولد ﴿رقّاً لمولاها﴾ لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد المقتضي لثبوت النسب ، فهو كولدها منه زناءً من غير عقد .

كما أنّه لا إشكال في ضمانه أرش عيبها بالولادة إن تعيّبت بها ، كما عن ابن حمزة التصريح به[5].

هذا كلّه فيمن وطئ بلا إذن عالماً بالتحريم .

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كان﴾ أي ﴿الزوج جاهلاً﴾ بحرمة ذلك عليه ﴿أو

---

(١) في المصدر بدلها: بين.

(٢) رياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٧٣.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ١٣...

(٤) كنهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٦٩...، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢١٤...

(٥) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٤.

كان هناك شبهة﴾ وطئها بها بعد العقد كأن وجدها على فراشه ﴿فلا حدّ﴾ قطعاً؛ لعدم تحقّق موجبه وهو الزنا.

﴿ووجب المهر﴾ الذي هو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً عندنا وإن كانت هي غير مشتبهة.

﴿وكان الولد حرّاً﴾ إجراءً للشبهة ـ وإن لم تكن عن عقد ـ مجرى العقد الصحيح في حصول النسب المقتضي للحرّيّة على الوجه الذي ذكرناه.

﴿لكن يلزمه قيمته لمولى الأمة[1]﴾ لكونه كالمتلف مال غيره بغير إذنه؛ ضرورة كونه نماءً للجارية وتابعاً لها، كما أوضحناه سابقاً.

وقت تقويمه: ﴿يوم سقط حيّاً﴾ إذ مع السقوط ميّتاً ليس بمال، كما أنّه كذلك قبله أيضاً، فأوّل أزمان تموّله ـ الذي قد حال بينه وبينه ـ يوم سقوطه، فيفرد حينئذٍ بالتقويم في ذلك الوقت ويضمن له قيمته، كما أوضحناه في باب البيع[2].

↑ ج ٣٠ / ٢٢١

﴿وكذا لو عقد عليها لدعواها الحرّيّة﴾ بالأصل أو بالعارض، مع قيام بيّنة لها بذلك، أو قرائن أفادت القطع به، أو الظنّ مع القطع بكفايته في الإقدام على تزويجها جهلاً على وجهٍ يعذر فيه... أو نحو ذلك ممّا يكون به العقد والوطء شبهة بعد أن بان فساد دعواها، فإنّه:

---

(١) «لمولى الأمة» أُخّرت في نسخة الشرائع عن «يوم سقط حيّاً» الآتي.

(٢) في ج ٢٥ ص ٤٩٨.

لا حدّ حينئذٍ قطعاً؛ لعدم موجبه بعد فرض الشبهة.

و﴿لزمه المهر﴾ المسمّى في قول ضعيف؛ ضرورة تبيّن فساد العقد المقتضي له من أصله ـ لا من حينه كما عساه يتوهّم من بعض العبارات[١] ـ ولا دليل يعتدّ به على لحوق عقد الشبهة بالصحيح بالنسبة إلى ذلك، كما تقدّم البحث في نظائره التي قلنا بوجوب مهر المثل فيها، الذي هو المتّجه هنا لولا الصحيح المزبور المعتضد بالصحيح الآخر.

﴿و﴾ من هنا كان الأقوى ما ﴿قيل﴾ من ﴿عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف العشر إن كانت ثيّباً﴾ بل ظاهر قول المصنّف: ﴿وهو المروي[٢]﴾ الميل إليه هنا، وإن كان الظاهر عدم الفرق بين جميع أحوال وطء الأمة بغير العقد الصحيح المذكور فيه المسمّى كما عرفت الكلام فيه مفصّلاً.

بل ظاهر الأصحاب الاتّفاق هنا على عدم الفرق بين كونها بغيّاً وغير بغيّ، بل في المسالك عن بعضهم: دعوى إجماع المسلمين عليه[٣]. وهو ممّا يؤيّد ما قلناه سابقاً من وجوب المهر لها وإن كانت بغيّاً؛ ضرورة عدم الفرق المجدي بين الموضوعين، كما هو واضح.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ﴿لو كان دفع إليها مهراً استعاد ما وجد

---

(١) كإيضاح الفوائد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٢.

(٢) كما في خبر الوليد بن صبيح المتقدّم في ص ٣٨٧.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ١٧.

منه﴾ لكونه باقياً على ملكه، وتبعها بالتالف منه بعد العتق، ويغرم للمولى ما يستحقّه عليه كلّ على مختاره فيه؛ حتّى أنّه لو قلنا بكون اللازم له المسمّى وفرض دفعها[1] إليها وكان تالفاً وجب دفع مثله أو قيمته إليه؛ لكونه مضموناً عليه حتّى يوصله إليه، وقد بان أنّ الوصول إليها وصول إلى غير المستحقّ، كما هو واضح.

ج ٣٠ / ٢٢٢

﴿و﴾ لو ولدت[2] منه ﴿كان ولدها منه رقّاً﴾ عند الشيخ[3] وأتباعه[4]، بل في الحدائق: أنّه هو المشهور[5]، بل لعلّه خيرة المصنّف بناءً على أنّ ذلك منه، لا أنّه مقول «قيل»، فيكون منافياً لما اختاره سابقاً في شبهة الزوج بغير دعوى الحرّيّة، ولعلّه لخصوص النصوص هنا.

لكنّ الأقوى عدم الفرق بين أفراد الشبهة في حرّيّة الولد، وفاقاً للمحكي عن المبسوط[6] والسرائر[7] ونكت النهاية[8]؛ للأصل، ولظهور الأدلّة في كونه كالعقد الصحيح في لحوق النسب المقتضي لحرّيّة الولد

---

(١) الأولى التعبير بـ«دفعه».

(٢) في نسخة: أولدت.

(٣) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٤) كابن البرّاج في المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٦، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣.

(٥) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٢٤.

(٦) المبسوط: النكاح / أولياء المرأة ج ٤ ص ١٩٠.

(٧) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٧.

(٨) النهاية ونكتها: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤١.

على الوجه الذي قد عرفته سابقاً.

مضافاً: إلى أصالة الحرّيّة، وأصالة عدم لحوق أحكام العبيد.

وإلى خصوص ما في ذيل صحيح الوليد بن صبيح الذي هو دليل المسألة، ولا داعي إلى حمل[1] ذلك فيه على الإنكار دون الإخبار بقرينة الشرط فيه، المحمول على إرادة تقرير موضوع الحكم بالحرّيّة، لا التعليقيّة. أو على كون الأب قد ردّ ثمنهم، الذي هو كما ترى.

المعتضد: بصحيح محمّد بن قيس[2] عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجل تزوّج جارية رجل على أنّها حرّة، ثمّ جاء رجل آخر فأقام البيّنة على أنّها جاريته؟ قال: يأخذها ويأخذ قيمة ولدها»[3] الظاهر في حرّيّة الولد، وإلّا كان الجائز له أخذها وأخذ ولدها.

بل وبالنصوص في الأمة المشتراة ثمّ بان أنّها مستحقّة للغير[4] ـ المتقدّمة في كتاب البيع[5] ـ بناءً على عدم الفرق بين أفراد الشبهة.

↑ ج ٣٠ / ٢٢٣

بل وبموثّق سماعة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن مملوكة أتت قوماً وزعموا[6] أنّها حرّة، فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثمّ إنّ مولاها

---

(١) كما في الاستبصار: النكاح / باب ١٣٥ الأمة تزوّج بغير إذن ذيل ح ٢ ج ٣ ص ٢١٧، واستقربه في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٢٣ ـ ٢٢٤.

(٢) لم يشر في الوسائل إلى اسم الراوي.

(٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٤٦ ج ٣ ص ٤١٤، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨ ج ٢١ ص ١٨٨.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٢٠٣.

(٥) في ج ٢٥ ص ٤٤٧ و٤٥٢ ـ ٤٥٣.

(٦) في المصدر بدلها: وزعمت.

أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكة أو أقرّت الجارية بذلك؟ فقال: تدفع إلى مولاها هي وولدها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ به ابنه؟ قال: يسعى أبوه في ثمنه حتّى يؤدّيه ويأخذ ولده، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: فعلى الإمام أن يفديه، ولا يملك ولد حرّ»[١].

فإنّه صريح في كون الولد حرّاً بناءً على ما في جامع المقاصد من أنّه ضبطه المحقّقون بالوصف لا الإضافة[٢]، فيكون المراد حينئذٍ: أنّه ولد حرّ، والولد الحرّ لا يكون مملوكاً، فيجب على الأب أو الإمام فداؤه.

ومنه يعلم حينئذٍ: أنّ دفع القيمة ودفع الولد لمولى الجارية لا لكونه مملوكاً، بل لاستحقاقه القيمة على الأب.

فمن الغريب استدلال بعضهم[٣] به على الرقّيّة، كالاستدلال عليها أيضاً بـ:

حسن زرارة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أمة أبِقت من مواليها، فأتت قبيلة غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّة، فوثب عليها رجل فتزوّجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً؟ فقال: إن أقام الزوج البيّنة على أنّه تزوّجها على أنّها حرّة أُعتق ولدها وذهب القوم بأمتهم، وإن لم يقم

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٦٠ ج ٧ ص ٣٥٠، الاستبصار: النكاح / باب ١٣٥ الأمة تزوّج بغير إذن ح ٥ ج ٣ ص ٢١٧، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ ج ٢١ ص ١٨٧.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٧٤.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ١٩ ـ ٢٠.

البيّنة أُوجع ظهره واسترقّ ولده»[١].

وموثّق سماعة الآخر: «سألته عن مملوكة أتت قبيلة غير قبيلتها فأخبرتهم أنّها حرّة، فتزوّجها رجل منهم فولدت له؟ قال: ولده مماليك، إلّا أن يقيم البيّنة أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة، فلا يملك ولده ويكونون أحراراً»[٢].

وموثّق محمّد بن قيس الآخر عن أبي جعفر عليه السلام: «قضى عليّ عليه السلام في امرأة أتت قوماً فأخبرتهم أنّها حرّة، فتزوّجها أحدهم وأصدقها صداق الحرّة، ثمّ جاء سيّدها؟ فقال: تردّ عليه وولدها عبيد»[٣].

وذلك لأنّ حسن زرارة ظاهر أو صريح في إرادة بيان أنّ الأصل تبعيّة النماء للجارية في المملوكيّة للسيّد حتّى يقيم البيّنة أنّه تزوّجها حرّة مشتبهاً وإلّا كان الولد رقّاً، بل هو المراد من موثّق سماعة المزبور وإن كان قد اقتصر فيه على ذكر بعض أفراد الشبهة وهو إقامتها البيّنة، بل منه يعلم المراد في موثّق محمّد بن قيس.

ج ٣٠ / ٢٢٤

فليس شيء من هذه النصوص دالاً على رقّيّة الولد في هذا الفرد من

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٣ ج ٥ ص ٤٠٥، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٥٩ ج ٧ ص ٣٥٠، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ١٨٧.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ٥٨ ص ٣٤٩، و«الوسائل»: ح ٢ ص ١٨٦.

(٣) الاستبصار: النكاح / باب ١٣٥ الأمة تزوّج بغير إذن ح ١ ج ٣ ص ٢١٦، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٥٦ ص ٣٤٩، و«الوسائل»: ح ٤.

الشبهة، بل حاله كحال غيره من أفرادها.

ومن ذلك يعلم ما في الجمع الذي ذكره في الحدائق[1] وأطنب فيه، وحاصله: أنّه إن كانت الشبهة الحاصلة بشهادة الشاهدين لها على الحرّيّة فأولادها أحرار من دون دفع قيمة لأنّه أخذ بظاهر الشرع، وإن كانت بدعواها العتق مثلاً مع ظهور قرائن تورث الظنّ بصدقها وتوهّم الحلّ بذلك فأولادها أرقّاء ولكن يفكّهم أبوهم بالقيمة؛ لكونه ليس حلالاً صرفاً ـ كشهادة الشاهدين ـ حتّى يكون الولد حرّاً، ولا زناً صرفاً حتّى يكون رقّاً، بل كان شبهة فيه شائبة زنا، فكان حكمه الرقّيّة التي يكون للأب سلطنة على الفكّ؛ جمعاً بين الشبهة وشائبة الزنا.

لكنّه ـ كما ترى ـ لا شاهد له ولا مقتضٍ، والعذر الشرعي ـ ولو بيّنةً ـ لا ينافي الضمان كما نطقت به النصوص فيمن اشترى أمة فظهر أنّها مستحقّة للغير[2]. نعم هل يستحقّ الرجوع به على الشاهدين أو لا؟ فيه بحث ستسمعه إن شاء الله.

وكأنّه أخذ هذا الجمع ممّا عن النهاية قال: «إن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة الشاهدين لها بالحرّيّة ورزق منها أولاداً كان أولادها أحراراً، وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم تقم عنده بيّنة بحرّيّتها ثمّ تبيّن أنّها كانت رقّاً كان أولادها رقّاً لمولاها، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة، وعلى الأب أن يعطي القيمة، فإن لم يكن له

(١) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٢٥.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٢٠٣.

مال استسعي في قيمتهم، فإن أبى كان على الإمام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ولا يسترقّ ولد حرّ»[١].

بل قد يرجع إلى ذلك كلامه في كتابي الأخبار[٢]، بل في كشف اللثام حكايته عن المهذّب أيضاً، بل فيه: «وكذا في الغنية لكنّه أوجب للسيّد القيمة على الأوّل أيضاً، وفي الجامع إلّا أنّه لم ينصّ على الرقّيّة في الثاني، وفي الوسيلة لكن جعل في حكم شهادة الشاهدين بالحرّيّة تدليس مدلّس عليه»[٣].

↑ ج ٣٠ / ٢٢٥

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما في الجمع بعد الإحاطة بما ذكرنا من أنّه لا معارضة في شيء من هذه النصوص لما دلّ على الحرّيّة كغيرها من أفراد الشبهة.

﴿و﴾ لكن صرّح غير واحد[٤]: بأنّه يجب ﴿على الزوج﴾ الذي هو الأب ﴿أن يفكّهم بالقيمة، ويلزم المولى دفعهم إليه﴾ بمعنى: أنّه يضمن قيمة الولد للمولى؛ لأنّه كالمتلف لماله ـ الذي هو نماء ملكه ـ وإن كان مشتبهاً، لأنّ الاشتباه لا يرفع الضمان الذي قد دلّت عليه

---

(١) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤٢.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ذيل ح ٥٧ ج ٧ ص ٣٤٩. الاستبصار: النكاح / باب ١٣٥ الأمة تزوّج بغير إذن ذيل ح ٢ و٤ ج ٣ ص ٢١٧.

(٣) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.

(٤) كابن البرّاج في المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٦، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣، وابن زهرة في الغنية: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤، والعلّامة في القواعد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

نصوص الأمة المشتراة ثمّ ظهر أنّها مستحقّة، وبعض نصوص المقام.

نعم، الظاهر أنّه لا سلطنة للمولى على الأولاد بناءً على الحرّيّة، فليس له حبسهم حتّى تدفع إليه القيمة، وموثّق سماعة المزبور[١] لم أجد به عاملاً على هذا التقدير؛ ضرورة نفي السلطنة على الحرّ، وشغل ذمّة الأب بالقيمة لا يقتضي ذلك.

ومن هنا قال في المسالك ـ بعد نقل قولي الحرّيّة والرقّيّة ـ: «وتظهر فائدة القولين ـ مع اتّفاقهم[٢] على وجوب القيمة والحرّيّة بدفعها ـ فيما لو لم يدفعها لفقرٍ أو غيره، فعلى القول بالحرّيّة تبقى ديناً في ذمّته والولد حرّ، وعلى القول الآخر يتوقّف على دفعها»[٣].

فالواجب حمل قوله عليه‌السلام فيها: «تدفع هي وولدها» على إرادة دفع قيمة ولدها كما أومأ إليه صحيح محمّد بن قيس المذكور[٤]، وإلّا كان مخالفاً للمسلمين فضلاً عن المؤمنين؛ ضرورة عدم حبس الحرّ بدين غيره.

كما أنّ ما فيها من سعي الأب في الثمن مخالف للمختار من عدم وجوب سعي المديون في وفاء دينه، الذي وجوبه مشروط بالمطالبة، التي أسقطها الشارع بالإعسار وأوجب الإنظار إلى الميسرة[٥]، فهو في

---

(١) في ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.

(٢) في المصدر: اتّفاقهما.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٢٠.

(٤) في ص ٣٩٤.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٨٠، وسائل الشيعة: انظر باب ٢٥ من أبواب الدين والقرض ج ١٨ ص ٣٦٦.

↑ الحقيقة واجب مشروط .

ج ٣٠ / ٢٢٦

وإخراج هذا الدين من بين الديون ـ التي فيها أعظم منه ؛ كالغصب والسرقة ونحوهما ـ كما ترى ، فيجب حمله على الندب كما احتمله في المسالك[١] .

وربّما يومئ إليه : عدم الأمر بالقهر عليه عند الامتناع عنه في ذيل الخبر المزبور ، وإلّا كان من الشواذّ على هذا التقدير ؛ فإنّا لم نجد عاملاً به .

كما لم نجد عاملاً به ـ عليه أيضاً ـ في تعيين القيمة وأنّها يوم يصير إليه ، بل المعروف أنّه قيمته يوم سقوطه حيّاً ؛ لأنّ ذلك أوّل وقت الحيلولة ، وكذا ما فيها من فداء الإمام له مع أنّ الخطاب بالقيمة قد تعلّق بذمّة الأب .

وأغرب من ذلك ما عن النهاية : من فداء الإمام له من سهم الرقاب[٢] .

ولذا اعترضه ابن إدريس فيما حكي عنه بـ «أنّ ذلك مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين ، بل أحرار في الأصل انعتقوا لذلك[٣] ما مسّهم رقّ أبداً ؛ لأنّه قال : (ولا يسترقّ ولد

(١) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٢١.
(٢) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٢.
(٣) في المصدر بدل «انعتقوا لذلك»: انعقدوا كذلك.

حرّ) وصفه بأنّه حرّ، فكيف يشترى الحرّ من سهم الرقاب؟! وإنّما أثمانهم في ذمّة أبيهم؛ لأنّ من حقّهم أن يكونوا رقّاً لمولى اُمّهم، لكن لمّا حال الأب بينهم وبينه بالحرّيّة وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياءً أحراراً، وهو وقت الحيلولة»[١].

وإن كان قد يدفع: بأنّ الشيخ قد بنى ذلك على رقّيّة الولد لا حرّيّته، وحينئذٍ يكون فداؤهم من سهم الرقاب في محلّه؛ لعدم كون القيمة حينئذٍ في ذمّة الأب وإن وجب عليه دفعها ثمناً لهم.

وفي الحدائق: «والعجب منه أنّه وافق الشيخ في هذه الصورة على رقّيّة الولد، وأوجب السعي على أبيه في قيمته، فكيف يوافقه على ذلك ويمنع فكّهم من سهم الرقاب؟! لكونهم أحراراً ما مسّهم رقّ أبداً؛ لقوله عليه السلام في الخبر المزبور: (ولا يملك ولد حرّ)»[٢].

قلت: يمكن أن يكون ذلك منه شاهداً على إرادة التجوّز من الرقّيّة، ويكون هذا وجه جمع بين القولين، كما احتمله في كشف اللثام[٣] مستظهراً له منها ومن نكت النهاية، وهو غير بعيد.

وعلى كلّ حال، فالخبر المزبور بعد البناء على الحرّيّة لابدّ من طرح هذه الأحكام فيه، أو تأويلها بما يرجع إلى القواعد الشرعيّة، وإلّا فإنّه من الشواذّ كما هو واضح، ومن ذلك ظهر لك الحال فيما

↑ ج ٣٠ / ٢٢٧

---

(١) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٧ ـ ٥٩٨.

(٢) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٣٠.

(٣) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٠٨.

في المتن ونحوه.

بل ﴿و﴾ ما فيه من أنّه ﴿لو لم يكن له﴾ أي الأب ﴿مال سعى في قيمتهم، وإن[١] أبى السعي فهل يجب أن يفديهم الإمام؟ قيل﴾ والقائل الشيخ[٢] ومن تبعه[٣]: ﴿نعم؛ تعويلاً على رواية﴾ سماعة[٤]، و﴿فيها ضعف﴾ بناءً على أنّ الموثّق من الضعيف.

﴿و﴾ لذا ﴿قيل: لا يجب؛ لأنّ القيمة لازمة للأب، لأنّه سبب الحيلولة﴾ بين المالك والأولاد.

وفيه: أنّه بناءً على الرقّيّة لا منافاة بين ذلك وبين فكّهم من سهم الرقاب.

﴿ولو قيل بوجوب الفدية على الإمام، فمن أيّ شيء يفديهم؟ قيل: من سهم الرقاب﴾ كما سمعته من النهاية ﴿ومنهم من أطلق﴾ ولعلّه أولى؛ للإطلاق، ولأنّ بيت المال معدّ لمصالح المسلمين التي هذه منها.

لكن لا يخفى عليك: أنّ ذلك كلّه غير متّجه على ما اخترناه من الحرّيّة.

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: ولو.

(٢) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٢.

(٣) كابن البرّاج في المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٦، وابن حمزة في الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣، والكيدري في الإصباح: النكاح / الفصل السادس ص ٤١٠ ـ ٤١١، وابن زهرة في الغنية: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤.

(٤) تقدّمت في ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.

ومن الغريب ما عن الوسيلة من أنّه «إن انقطع تصرّف الإمام أدّى الأب عنه من جهات الزكاة، فإن فقد جميع ذلك بقي الولد رقّاً حتّى يبلغ ويسعى في فكاك رقبته»[١]؛ فإنّه لم نجد ما يشهد له على ذلك، والتحقيق ما عرفت.

نعم، قد صرّح في محكيّ السرائر برجوع الأب بالقيمة على شاهديها بالحرّيّة اللذين قد تزوّجها بشهادتهما، قال: «لأنّ شهود الزور يضمنون بشهادتهم بغير خلاف بيننا، والإجماع منعقد على ذلك»[٢].

وعن أبي الصلاح: «إذا تزوّج الحرّ بأمة على أنّها حرّة فخرجت أمة فولدها لاحقون به، ويرجع بقيمة الولد والصداق على من تولّى أمرها، وإن كانت هي التي عقدت على نفسها لم يرجع على أحد بشيء»[٣].

قلت: لا ريب في اقتضاء قاعدة الغرور الرجوع على الغارّ بما أنفقه المغرور كما تسمعه ـ إن شاء الله ـ في بحث التدليس[٤]، وربّما كان في خبري إسماعيل بن جابر إيماء إلى القاعدة المزبورة:

↑ ج ٣٠ / ٢٢٨

قال في أحدهما: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم أنّها غير ابنته وأنّها أمة؟ قال:

---

(١) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٣.

(٢) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٦ ـ ٥٩٧.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٧.

(٤) في ص ٦٥٤...

تردّ الوليدة على مواليها والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه لموالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»[١].

وقال في الآخر لأبي عبد الله عليه السلام أيضاً: «رجل كان يرى امرأة تدخل على قوم وتخرج، فسأل عنها فقيل: إنّها أمتهم واسمها فلانة، فقال لهم: زوّجوني فلانة، فلمّا زوّجوها عرّفوه أنّها أمة غيرهم؟ قال: هي وولدها لمولاها. قلت: فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوّجوه من أنفسهم، فزوّجوه وهو يرى أنّها من أنفسهم، فعرّفوه بعد ما أولدها أنّها أمة؟ قال: الولد لهم[٢]، وهم ضامنون قيمة الولد لمولى الجارية...»[٣].

ولا بأس به، بل ربّما يقال: بضمان الجارية ذلك لو كانت هي الغارّة، فتتبع به بعد العتق.

وكأنّ المراد بالضمان قراره؛ لما عرفت في محلّه أنّ المغرور لا يستحقّ الرجوع إلّا بعد الدفع، والله العالم.

المسألةُ ﴿الرابعة﴾

﴿إذا زوّج[٤] عبده أمته، هل يجب أن يعطيها المولى شيئاً من

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٣ ج ٥ ص ٤٠٨، وسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٢٠.

(٢) في المصدر: له.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ الزيادات ح ١١٩ ج ٧ ص ٤٧٦، الاستبصار: النكاح / باب ١٣٥ الأمة تزوّج بغير إذن ح ٧ ج ٣ ص ٢١٨، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٨٨.

(٤) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: المولى.

ماله؟ قيل﴾ والقائل الشيخان[١] وابنا حمزة[٢] والبرّاج[٣] وأبو الصلاح[٤]: ﴿نعم﴾ يجب؛ لـ:

صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام: «سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه؛ ولو مدّاً من طعام أو درهماً[٥]...»[٦].

ج ٣٠ / ٢٢٩

وحسن الحلبي: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال: يقول: أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه؛ ولو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك»[٧].

﴿و﴾ لكن مع ذلك فـ﴿الاستحباب أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، وأشهر[٨]، بل المشهور سيّما بين المتأخّرين[٩]

---

(١) المقنعة: النكاح / باب العقود على الإماء ص ٥٠٧، النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٥.

(٢) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٥.

(٣) المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٨.

(٤) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٧.

(٥) في المصدر بدل «ولو مدّاً...» إلخ: ولابدّ من طعام أو درهم.

(٦) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب كيفيّة إنكاح الرجل عبده ح ٤٥٥٣ ج ٣ ص ٤٤٩، وسائل الشيعة: باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٤٦.

(٧) الكافي: النكاح / باب الرجل يزوّج عبده ح ١ ج ٥ ص ٤٧٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٤٦ ج ٧ ص ٣٤٥، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢).

(٨) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٢٢ ج ٢ ص ٢٦٤، ورياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٨٩.

(٩) كالعلّامة في التحرير: النكاح / مباحث تتعلّق بأنكحة المماليك ج ٣ ص ٥٠٦، وولده ←

ومتأخّريهم[١]؛ للأصل، وعدم تصوّر استحقاقه لنفسه على نفسه[٢]؛ ضرورة أنّ مهر الأمة لسيّدها، كعدم تصوّر استحقاق ماله عليه مالاً، بل التسامح في الخبرين المزبورين في تقدير ذلك أوضح قرينة على الاستحباب، بل صراحتهما بعدم ذكره مهراً في النكاح شاهد آخر عليه أيضاً.

ومنه يعلم: شذوذهما لو أُريد الوجوب؛ ضرورة كون القائل بالوجوب يجعله مهراً كما هو صريح النهاية[٣] والمحكي عن غيرها[٤]، فظاهر الخبرين لم يُقل به، كما أنّ ظاهر القائلين لم يوافقه خبر.

ولا فرق في المختار بين القول بأنّ نكاح العبد تحليل أو عقد، فما عساه يظهر من بعضهم[٥] من بناء هذه المسألة على ذلك لا وجه له.

والتحقيق فيها: أنّه عقد؛ لإطلاق النصّ والفتوى، خلافاً لابن إدريس[٦]: فتحليل؛ لعدم الحاجة فيه إلى قبول، وللاكتفاء بأمر

← في الإيضاح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٦، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٤، والمقداد في التنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٦.

(١) كالسبزواري في الكفاية: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨١، والكاشاني في المفاتيح: (انظره في الهامش قبل السابق).

(٢) في بعض النسخ بعدها إضافة: مالاً.

(٣) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٥.

(٤) كالمقنعة: النكاح / باب العقود على الإماء ص ٥٠٧.

(٥) كابن إدريس في السرائر: (انظر الهامش اللاحق)، والبحراني في الحدائق: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٣٩.

(٦) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٦٠٠.

المولى بالاعتزال في فسخه ، ولو كان عقداً لاحتاج إلى طلاق من العبد الآخذ بالساق . ودعوى : كون هذا الأمر طلاقاً ، يدفعها : عدم اعتبار ما يعتبر في الطلاق فيه .

وفيه : منع عدم الحاجة فيه إلى قبول ، والخبران إنّما كان السؤال فيهما عن كيفيّة إنكاح المولى العبد ؛ أي ما يتعلّق بالمولى من الإيجاب ، لا أنّ المراد كفاية ذلك من دون قبول لا من العبد ولا من السيّد الذي هو وليّه ، بل لعلّ دلالته على القبول أوضح ـ كما في كشف اللثام[1] ـ للفظ الإنكاح ، واجتزئ به عن ذكر القبول لظهوره ، فحينئذٍ يبقى ما دلّ على اعتبار العقد به في النكاح بحاله .

ومن ذلك يعلم ما في القواعد من الإشكال في ذلك ، قال فيها : «ولو زوّج عبده أمته ففي اشتراط قبول المولى أو العبد إشكال ، ينشأ : من أنّه عقد أو إباحة»[2] .

إذ قد عرفت أنّ الأوّل هو الموافق للأصل والاحتياط في الفروج والظاهر من الأصحاب والأخبار ، بل هو صريح بعض الأصحاب[3] أيضاً كما اعترف بذلك كلّه في كشف اللثام[4] .

↑ ج ٣٠ / ٢٣٠

بل ربّما ظنّ من صحيح عليّ بن يقطين عدم جواز التحليل للعبد ،

---

(١) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.
(٢) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٧.
(٣) كالشيخ في النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٨٧.
(٤) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٢.

سأل الكاظم عليه‌السلام : «عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال : لا يحلّ له»[1]. وإن كان الأقوى خلافه ؛ كما تعرفه[2] من النصوص الدالّة على جواز التحليل له ، واحتمال كون المراد من الخبر : أنّ مطلق الإذن له في ذلك لا يكون نكاحاً ، بل لابدّ له من إنشاء عقد أو تحليل ، بل لعلّه الظاهر منه .

وعلى كلّ حال ، فلا ريب في كون الأقوى ما عرفت ، ولا يلزمه عدم الفراق إلّا بالطلاق ، فإنّ نكاح المتعة عقد ويحصل فراقه بغير الطلاق .

بل ممّا ذكرنا يعلم ما في المحكي عن المختلف من التزامه بعدم الحاجة إلى القبول ، معلّلاً له : بكونه ممّن لا يملكه ؛ لجواز إجباره عليه[3] ؛ إذ فيه : أنّ ذلك لا يقتضي عدم القبول اللفظي ـ المحقِّق للعقد ـ ولو من السيّد ، كباقي أفراد المولّى عليهم .

فالتحقيق : اعتباره في صحّة العقد ، بل تحقّقه من العبد بإذن السيّد أو من السيّد ، وكذا الإيجاب من الأمة بإذنه أو منه ، فإنّ كلّاً منهما إذا حصل كفى .

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٤ ج ٧ ص ٢٤٣، الاستبصار: النكاح / باب ٨٩ أنّه يجوز أن يحلّ الرجل... ح ١١ ج ٣ ص ١٣٧، وسائل الشيعة: باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٣٠.

(٢) في ص ٥٤٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٥٩.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو مات﴾ السيّد ﴿كان الخيار للورثة في إمضاء النكاح[١] وفسخه﴾ لانتقال ما كان للسيّد إليهم ﴿ولا خيار للأمة﴾ الباقية على الرقّيّة وإن تغيّر المالك، كما هو واضح.

↑ ج ٣٠ / ٢٣١

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تزوّج العبد بحرّة مع العلم﴾ لها ﴿بعدم الإذن﴾ له من السيّد في ذلك ﴿لم يكن لها مهر ولا نفقة مع علمها بالتحريم﴾ قطعاً؛ لكونها بغيّاً حينئذٍ، ولخبر السكوني عن الصادق عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيّما امرأة حرّة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها»[٢].

نعم، قيل ـ كما في كشف اللثام[٣] وغيره[٤] ـ: لا حدّ عليها، وربّما كان ظاهر اقتصار المصنّف وغيره[٥] على ما عداه.

ولعلّ وجهه: أنّه شبهة بالنسبة إليها؛ باعتبار نقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع، فيكفي العقد شبهةً لها. وبذلك يفرّق بينها وبين

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: العقد.

(٢) الكافي: النكاح / باب المملوك يتزوّج بغير... ح ٧ ج ٥ ص ٤٧٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٦٦ ج ٧ ص ٣٥٢، وسائل الشيعة: باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ١١٥.

(٣) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٠.

(٤) كنهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٧٧.

(٥) كالعلّامة في القواعد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

الحرّ إذا تزوّج أمة غير مأذونة عالماً بحرمة ذلك عليه، كما أنّه قد يفرّق بينها وبين ما إذا تزوّجت حرّاً بعقد تعلم فساده: بأنّ هذا العقد فضولي تجوز فيه إجازة المولى.

ويؤيّده: ما في الأخبار من أنّه «لم يعص الله وإنّما عصى سيّده»[١]، وحسن منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام: «في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه، أعاصٍ لله؟ قال: عاصٍ لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما زعم[٢] أنّه حرام، وقل له: أن لا يفعل إلّا بإذن مولاه»[٣].

إلّا أنّ الجميع كما ترى، بل لعلّ اقتصار المصنّف وغيره اتّكالاً على معلوميّة ذلك؛ ضرورة صدق كونها زانية، والشبهة العرفيّة منتفية بالفرض، والشرعيّة لا دليل عليها.

ونقصان عقلها وعدم مخالطتها لأهل الشرع لا يقضي بذلك بعد فرض علمها بالتحريم.

كما أنّ توقّع الإجازة لا يقضي به أيضاً، وإلّا سقط الحدّ عنها بتزوّجها حرّاً مولّى عليه فضولاً مع تمكينها من وطئه إيّاها ولم تحصل الإجازة بعد ذلك.

↑ ج ٣٠ / ٢٣٢

بل كان المتّجه سقوطه عن الحرّ الذي يتزوّج أمة من غير إذن

---

(١) تقدّم في ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٢) في المصدر: ما أزعم.

(٣) الكافي: النكاح / باب المملوك يتزوّج بغير... ح ٥ ج ٥ ص ٤٧٨، وسائل الشيعة: باب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١١٣.

مولاها فضولاً ووطئها ثمّ لم تحصل الإجازة، فإنّه لا إشكال عندهم في ثبوت الحدّ عليه كما سمعته[١] فيما تقدّم.

نعم، الظاهر عدم تعجيل الحدّ عليه قبل تعرّف عدم الإجازة؛ لاحتمال حصولها، وهكذا في كلّ فضولي، فإنّه لا شبهة في الواقع في كونه وطء أجنبيّة ـ مثلاً ـ أو زوجة، إلّا أنّا لا نعلم إلّا بعد حين.

فحاله حينئذٍ كمن وطئ امرأة في ظلمة ـ مثلاً ـ لا يعلم أنّها زوجته أو غير زوجته عالماً بحرمة ذلك عليه ثمّ بان أنّها غير زوجته، فإنّ الظاهر ثبوت الحدّ عليه؛ لإقدامه على وطئها أجنبيّة وكانت كذلك في الواقع، وليس هذا معنى الشبهة الدارئة للحدّ كما هو واضح.

وخبر «لم يعص الله...» إلى آخره ونحوه يراد منه: أنّ عقده مستعدّ للصحّة بالإجازة لذلك كما عرفته في محلّه[٢]، وإلّا فقد ورد في النصوص: في الأمة إذا تزوّجت بغير إذن مولاها فهي زانية[٣]، كما أومأ إليه الإمام عليه‌السلام هنا بنفي الصداق لها؛ إذ هو ليس إلّا لكونها بغيّاً حينئذٍ، فتأمّل جيّداً.

﴿و﴾ من ذلك يعلم: أنّه متى فعلت ذلك ﴿كان أولادها منه رقّاً﴾ لمولى العبد، بلا خلاف، بل في كشف اللثام: نسبته إلى قطع

---

(١) «كما سمعته» ليست في بعض النسخ.

(٢) في ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٩.

الأصحاب[١] مشعراً بدعوى الإجماع عليه كغيره[٢]؛ ضرورة انتفائهم عنها بالزنا الذي لا يثبت معه نسب، فيبقى أصل تبعيّة نماء المال للمال ـ المقتضي لكون الولد رقّاً للمولى ـ على حاله.

نعم، ربّما أشكل ذلك: بأنّه منافٍ لما عندهم من أنّ العبد إذا زنى بحرّة كان الولد حرّاً؛ ضرورة[٣] إطلاق كلامهم في المقام رقّيّة الولد عدم الفرق بين علم العبد بحرمة ذلك عليه وعدمه، وليس هو في الأوّل إلّا زناً، واحتمال تخصيص كلامهم بالثاني معلوم عدمه.

وقد يدفع: بأنّ ذلك كذلك أيضاً لولا خبر العلاء بن رزين عن الصادق عليه السلام: «في رجل دبّر غلاماً، فأبق الغلام، فمضى إلى قوم فتزوّج منهم ولم يعلمهم أنّه عبد، فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاه الذي دبّره، فجاءه ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطلبوا العبد، فما ترى؟ قال: العبد وولده لورثة الميّت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟! قال: إنّه لمّا أبق هدم تدبيره ورجع رقّاً»[٤] الشامل لصورتي علم العبد بحرمة ذلك عليه وعدمه.

ج ٣٠ / ٢٣٣

ومن هنا فرّق بينه وبين الزنا الذي لا عقد فيه، الذي لا مقتضي لجهة

---

(١) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١١.

(٢) ككفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٠، والحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٣٣.

(٣) الأولى إضافة «اقتضاء» ـ مثلاً ـ بعدها.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٦٨ ج ٧ ص ٣٥٣، وسائل الشيعة: باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١١٩.

الشركة فيه إلّا قاعدة النمائيّة التي هي في الأُمّ متحقّقة عرفاً كسائر الحيوانات.

هذا كلّه في الحرّة العالمة.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كانت جاهلة﴾ بكونه عبداً، أو بحرمة ذلك عليها، فلا حدّ عليها قطعاً للشبهة، و﴿كانوا﴾ أي أولادها منه ﴿أحراراً﴾ وفاقاً للمشهور شهرة عظيمة[1]؛ إجراءً للشبهة مجرى الصحيح الذي قد عرفت تبعيّة الولد فيه للحرّ الذي هو أشرف الأبوين، سواء كان العبد مشتبهاً أو لا، نحو الأمة التي دلّست نفسها فتزوّجها الحرّ مشتبهاً، فإنّ أولادها منه أحرار نصّاً وفتوى كما عرفته فيما تقدّم.

وخلافاً للمحكي عن المفيد: من الحكم بكونهم رقّاً[2]؛ ولعلّه لإطلاق الخبر المزبور، وتبعه في الحدائق[3] لذلك.

لكن لا يخفى على من أحاط خبراً بما ذكرنا في نصوص الأمة ـ من كون المراد الحكم بالملكيّة التي هي مقتضى قاعدة نماء المملوك المتزوّج بغير إذن، حتّى تقوم البيّنة للحرّ بكونه مشتبهاً كي يلحق به الولد، فإنّ احتمال الشبهة غير كافٍ في ذلك وإن كفت في درء الحدّ ـ أنّ المراد من الخبر المزبور هنا أيضاً ذلك قطعاً، لا أنّ المراد: كون الولد رقّاً

(١) كما في الحدائق الناضرة: (انظرها قبل ثلاثة هوامش)، ورياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٨٢.

(٢) المقنعة: النكاح / باب العقود على الإماء ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

(٣) الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

حتّى لو علم كون الحرّة مشتبهة ، المخالف لقاعدة إجراء الشبهة مجرى الصحيح في لحوق الأولاد في كلّ مقام ، وكون المفروض في الخبر عدم إعلام العبد بالإباق لا يحقّق الشبهة كما هو واضح ﴿و﴾ حينئذٍ فلا ريب في كون أولادها أحراراً للشبهة .

بل الظاهر أنّه ﴿لا يجب عليها﴾ هنا ﴿قيمتهم﴾ بلا خلاف أجده فيه[١] ؛ للأصل ، بعد اختصاص الدليل بالحرّ المتزوّج أمة شبهة وحرمة القياس ، خصوصاً مع إمكان إبداء الفرق بين المقامين .

اللّهمّ إلّا أن يقال : إنّ غرم القيمة هناك ليس إلّا للحيلولة بين المالك ونماء ملكه ، المشترك بين المقامين .

↑ ج ٣٠ / ٢٣٤

وفيه : أنّ ذلك تعليل بعد النصّ ، على أنّ قاعدة النماء قد عرفت كونها في الأمّ دون الأب كما في سائر الحيوانات ، ولذا غرم الحرّ في إتلاف نماء الأُمّ ، بخلاف الحرّة ، فتأمّل .

﴿و﴾ على كلّ حال ، ففي الفرض ﴿كان مهرها﴾ المسمّى أو مهر المثل ﴿لازماً لذمّة العبد إن دخل بها﴾ ضرورة كون الوطء محترماً ، ومتى كان كذلك لم يخلُ من مهر ، ولكن حيث كان العبد غير قادر على شيء فهو معسر حينئذٍ ﴿و﴾ من هنا كان المتّجه أنّها ﴿تُتْبَع[٢] به إذا تحرّر﴾ .

هذا إذا لم يجز المولى ، وإلّا كان اللازم المسمّى تطالب به السيّد ؛

---

(١) الإجماع ظاهر الحدائق الناضرة: (المصدر السابق: ص ٢٣٣).

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: يتبع.

لما عرفت من أنّ مهر العبد المأذون على مولاه كنفقة زوجته ، وذلك كلّه واضح بعد الإحاطة بما قدّمنا في المباحث السابقة .

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا تزوّج عبد بأمة لغير مولاه؛ فإن أذن المولیان﴾ سابقاً أو لاحقاً ﴿فالولد لهما﴾ بلا خلاف[١] ولا إشكال ؛ لما عرفته سابقاً من كون ذلك مقتضى العقد ، من غير فرق في ذلك بين حصول الولد منهما قبل الإذن أو بعده ، وبين علمهما بالتحريم وعدمه .

﴿وكذا لو لم يأذنا﴾ بلا خلاف[٢] أيضاً ولا إشكال بعد ما عرفت سابقاً من الحكم برقّيّة ولد الأمة المزوّجة بغير إذن في النصوص السابقة التي لا يضرّ فرض كون المتزوّج بها حرّاً في بعضها ، وبرقّيّة ولد العبد المتزوّج بغير إذن سيّده في خبر رزين[٣] السابق[٤] المعتضد بالفتوى .

بل ظاهر إطلاق المصنّف وغيره[٥] عدم الفرق في ذلك بين علمهما بالتحريم وعدمه ، وإن كان ربّما توهّم الإشكال فيه : بأنّه متّجه في صورة الجهل ؛ للشبهة الجارية مجرى العقد الصحيح المقتضي للشركة ، دون صورة العلم التي هي من الزنا الذي ستعرف فتوى الأصحاب بكون

↑ ج ٣٠ / ٢٣٥

(١ و٢) نقل ظهور الاتّفاق في مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٢٧.
(٣ و٤) الصحيح: «العلاء بن رزين» كما تقدّم في ص ٤١٢.
(٥) كالعلّامة في التحرير: النكاح / مباحث تتعلّق بأنكحة المماليك ج ٣ ص ٥٠٦، والشهيد في اللمعة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٤.

الولد لمولى الأمة ؛ ومن هنا قيّد بعض الناس[١] موضوع المسألة في غير المأذونين بالجاهلين.

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه ؛ لما عرفت سابقاً من الفرق بين الزنا والعقد وإن كان معلوم الفساد لهما ، لخبر رزين[٢] السابق المفروض فيه علم العبد بعدم إذن المولى له ، عالماً بالحكم مع ذلك أو لا.

فالمتّجه حينئذٍ إبقاء إطلاق الأصحاب على حاله ، ودليله : ما دلّ من النصوص[٣] على أنّ نكاح الأمة من غير إذن مولاها مقتضٍ لرقّيّة الولد ، ونكاح العبد من غير إذن مولاه مقتضٍ لرقّيّة الولد ، من غير فرق بين علمهما وبين اشتباههما ، فمع فرض عدم الإذن لكلّ منهما اتّجه حينئذٍ الاشتراك ؛ إعمالاً للسببين معاً بعد معلوميّة امتناع تعدّد المالك للمال الواحد.

نعم ، لو حصل اشتباه من حرّ أو حرّة اقتضى ذلك حرّيّة الولد ؛ إلحاقاً له بأشرف الأبوين وتغليباً لجانب الحرّيّة ، كما سمعته[٤] في نصوص الأمة التي دلّست نفسها فتزوّجها حرّ مشتبهاً ، وسمعته أيضاً في العبد الذي تتزوّجه الحرّة مشتبهة.

﴿و﴾ من ذلك يعلم الحكم فيما ﴿لو أذن أحدهما﴾ خاصّة دون

---

(١) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٦٤.

(٢) الصحيح: «العلاء بن رزين» كما تقدّم في ص ٤١٢.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٨٥.

(٤) في ص ٣٩٤.

الآخر، وأنّه متى تحقّق ذلك ﴿كان الولد لمن لم يأذن﴾ منهما.

لا لأنّ الآذن قد أسقط حقّه لإذنه، لاحتمال تزوّج المملوك حرّاً؛ لإمكان المناقشة فيه: بعدم اقتضاء الإذن ذلك، ولذا لو كانا معاً مأذونين اشترك الولد بينهما، وبإمكان فرض اختصاصٍ بتزوّج المملوك.

بل لما عرفته من اقتضاء عدم الإذن في نكاح العبد والأمة رقّيّة الولد بالنصوص التي سمعتها، إلّا إذا عارض ذلك شبهة حرّ؛ لغلبة جهة الحرّيّة حينئذٍ جهة الملكيّة، أمّا الإذن فلا تقتضي ملكيّته إلّا إذا صادفت إذناً من آخر أو شبهة.

ج ٣٠ / ٢٣٦

فيختصّ الملك حينئذٍ في الفرض بغير الآذن؛ لانحصار مقتضي الملكيّة - أعني عدم الإذن - به، دون الآخر الذي لا دليل على اقتضائه الملكيّة في الفرض، بل ظاهر الأدلّة خلافه، خصوصاً خبر رزين[1] الشامل بإطلاقه تزوّج الآبق حرّة أو أمة مأذونة، وخصوصاً نصوص الأمة الآبقة التي دلّست نفسها فتزوّجت حرّاً التي قد عرفت اختصاص مولاها بالولد إلّا إذا كان الحرّ مشتبهاً، فإنّ الشبهة حينئذٍ تعارض مقتضي الملكيّة وترجح عليها؛ لاقتضائها الحرّيّة المبنيّة على التغليب.

ومن ذلك ينقدح شيء لم يتعرّض له الأصحاب، وهو: أنّ ذلك كلّه من حيث الإذن وعدمه، أمّا إذا كان في العبد المأذون جهة تقتضي الملكيّة غير عدم الإذن - كالشبهة مثلاً - فإنّ المتّجه حينئذٍ الاشتراك في الولد؛ عملاً بمقتضى عدم الإذن ومقتضى الشبهة.

---

(١) الصحيح: «العلاء بن رزين» كما تقدّم في ص ٤١٢.

ولا ينافي ذلك إطلاق الأصحاب «الولد لمن لم يأذن» المعلوم كون المراد به من حيث الإذن وعدمها، لا[١] إذا كانت جهة أُخرى تقتضي الملكيّة.

نعم، الظاهر أنّه لا مدخليّة لتعدّد جهات الملك في أحدهما واتّحادها في آخر، كما لو فرض الشبهة أيضاً في غير المأذون، وفي المأذون الشبهة خاصّة، فإنّ الأوّل قد تعدّد فيه مقتضي الملكيّة وهو عدم الإذن والشبهة، بخلاف الثاني فإنّه الشبهة خاصّة، إلّا أنّ الظاهر التشريك بينهما بالنصف؛ لعدم الفرق بين اتّحاد الجهة وتعدّدها في ذلك.

ولو اشترك أحدهما بين اثنين، فأذن مولى المختصّ وأحدهما دون الآخر، ففي القواعد الإشكال فيه[٢]، ولعلّه: من إطلاق الفتوى بأنّ الولد لمن لم يأذن واشتراك العلّة، ومن أنّ الأصل تبعيّة النماء للملك، خرج منه موضع اليقين ـ وهو ما إذا اتّحد المالك ـ فالباقي على أصله.

↑ ج ٣٠ / ٢٣٧

لكن قد عرفت ما يقتضي صحّة الوجه الأوّل، فيختصّ حينئذٍ بالنماء وإن ضعف جزؤه.

ولو فرض كون العبد والأمة مشتركين، فأذن أحد الشريكين في كلّ منهما دون الآخر في كلّ منهما أيضاً، كان الولد مشتركاً بين من لم يأذن من الشركاء وإن ضعف جزؤهما.

---

(١) في بعض النسخ بدلها: إلّا.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٦.

هذا كلّه في النكاح .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو زنى بأمة غير مولاه كان الولد لمولى الأمة﴾ من غير خلاف[1] ولا إشكال ؛ لعدم العقد المقتضي للتشريك ، فلم يكن إلّا قاعدة النمائيّة ، وهي متحقّقة عرفاً في الاُمّ دون الأب نحو الحيوانات .

كما أنّه لو زنى بحرّة كان الولد حرّاً ، بلا خلاف[2] أيضاً ولا إشكال ؛ لعدم العقد المقتضي للتشريك ، والنمائيّة في الاُمّ المفروض كونها حرّة ، فيتبعها في ذلك ، مضافاً إلى أصالة الحرّيّة .

أمّا العكس بأن زنى الحرّ بأمة كان الولد رقّاً ؛ لعدم العقد أيضاً ، وقاعدة النماء في الاُمّ . ولا يشكل ما ذكرناه بالحرّة التي تزوّجت عبداً غير مأذون عالمةً بالتحريم ؛ لما عرفته من الدليل المخصوص في النكاح دون الزنا ، كما أوضحناه سابقاً .

ولو اشتبه العبد والأمة بلا نكاح فحصل ولد بينهما فالظاهر التشريك ؛ إجراءً للشبهة مجرى الصحيح .

ولو كانت الأمة مشتبهة والعبد زانياً فالولد لمولى الأمة قطعاً ؛ لقاعدة النمائيّة وللشبهة .

أمّا العكس فيحتمل : التنصيف ؛ إعمالاً للشبهة المقتضية الملك للمشتبه ، وللنمائيّة المقتضية الملك لمولى الأمة ، فيثبت التنصيف جمعاً بين السببين .

---

(١) كما في نهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٧٧.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / نكاح الإماء ج ١٣ ص ٨٧.

ويحتمل : اختصاص الولد بمولى العبد المشتبه الذي هو أشرف ؛ لجهة الاشتباه ، ولرجحان جهة الاشتباه على قاعدة النمائيّة ؛ ولذا ثبت التشريك في حال اشتراكهما في الاشتباه المقتضي للتشريك بينهما ، فمع فرض اختصاص الاشتباه بأحدهما يختصّ بحكم العقد دون غيره ، نحو اشتباه الحرّة أو الحرّ من طرف دون آخر .

↑ ج ٣٠ / ٢٣٨

وقد يحتمل : اختصاص مولى الأمة ؛ لقاعدة النمائيّة ، ولكنّه كما ترى .

ولو اشتبه العبد فوطئ حرّة مشتبهة أيضاً كان الولد حرّاً قطعاً ، أمّا لو كانت زانية فالولد لمولى العبد ؛ إجراءً لحكم الشبهة مجرى الصحيح في حقّ العبد خاصّة .

وقد ظهر بذلك كلّه : الحال في جميع شقوق المسألة ، على وجهٍ لم نسبق إليه بحمد الله تعالى .

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿لو[1] تزوّج أمة بين شريكين، ثمّ اشترى﴾ الزوج ﴿حصّة أحدهما، بطل العقد وحرم عليه وطؤها﴾ مع عدم رضا الشريك الآخر ، بلا خلاف[2] ولا إشكال ؛ لعدم التبعيض في أسباب النكاح ابتداءً واستدامةً .

---

(١) في نسخة الشرائع: إذا.

(٢) كما في ظاهر تحرير الأحكام: النكاح / مباحث تتعلّق بأنكحة المماليك ج ٣ ص ٥٠٦، وقواعد الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٧.

للأصل.

ولظهور الآية[١] في ذلك.

وموثّق سماعة: «سألته عن رجلين بينهما أمة، فزوّجاها من رجل، ثمّ إنّ الرجل اشترى بعض السهمين؟ قال: حرمت عليه باشترائه إيّاها، وذلك أنّ بيعها طلاقها، إلّا أن يشتريها من جميعهم»[٢].

﴿و﴾ من ذلك يعلم أنّه ﴿لو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتياع لم يصحّ﴾ ضرورة عدم تأثير الإمضاء في العقد بعد بطلانه، ولو فرض بقاؤه على الصحّة للأصل لم يحتج إلى إمضائه؛ ضرورة صحّته بالأصل بإذنه.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ والقاضي في النهاية[٣] ومحكيّ المهذّب[٤]: ﴿يجوز له وطؤها بذلك﴾ الإمضاء، قال في النهاية: «وإذا تزوّج الرجل أمة بين شريكين ثمّ اشترى نصيب أحدهما حرمت عليه، إلّا أن يشتري النصف الآخر أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً»[٥].

↑ ج ٣٠ / ٢٣٩

﴿وهو﴾ كما ترى ﴿ضعيف﴾ جدّاً؛ إذ لا حاجة لإجازته ثانياً

---

(١) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يشتري الجارية ح ٦ ج ٥ ص ٤٨٤. تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٥ ج ٨ ص ١٩٩. وسائل الشيعة: باب ٤٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٥٣.

(٣ و ٥) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٤) المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٩ ـ ٢٢٠.

عقد النكاح المتقدّم بعد أن كان المفروض وقوعه أوّلاً بإذنه إن صحّ العقد على أمة مشتركة بين الزوج وغيره وإلّا لم يفد، وإن كان يريد الرضا بالعقد جديداً ففيه: أنّه إن صحّ العقد على مثلها لم يكن لبطلان المتقدّم وجه.

ومن هنا حمله المصنّف في محكيّ نكته على النهاية على الرضا بعقد البيع للنصف الآخر، وذكر أنّ «أو» من سهو الناسخ أو بمعنى الواو[1].

وهو وإن كان بعيداً إلّا أنّه أقرب من حمله على ظاهره الذي لا ينبغي نسبته إلى من له أدنى معرفة بالفقه فضلاً عن شيخ الطائفة.

نعم، يمكن أن يكون أولى من ذلك حمله على إرادة الرضا بالإباحة، الذي ذكره المصنّف بقوله: ﴿ولو حلّلها له﴾ أي الشريك ﴿قيل: تحلّ، وهو مرويّ﴾ صحيحاً في الكافي[2] والتهذيب[3] في باب السراري وملك الأيمان عن محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، وفي الفقيه[4] عن محمّد بن مسلم عنه عليه السلام أيضاً، قد عمل به ابن إدريس[5] وجماعة، منهم الشهيد في اللمعة[6] وفاضلا

---

(١) النهاية ونكتها: (المصدر قبل السابق: ص ٣٥٠).

(٢) الكافي: النكاح / باب نكاح المرأة التي بعضها حرّ ح ٣ ج ٥ ص ٤٨٢.

(٣) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٢٣ ج ٨ ص ٢٠٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك والإماء ح ٤٥٧٩ ج ٣ ص ٤٥٧.

(٥) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٦٠٢ ـ ٦٠٣.

(٦) اللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٤.

الكشف[١] والرياض[٢]، قال:

«سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً، ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه؟ قال: هي له حلال، وأيّهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حرّاً من قبل الذي قد مات ونصفها مدبّراً».

«قلت: إن أراد الثاني منهما أن يمسّها، أله ذلك؟ قال: لا، إلّا أن يثبت عتقها ويتزوّجها برضا منها متى ما أراد».

«قلت له: أليس قد صار نصفها حرّاً وقد ملكت نصف رقبتها والنصف الآخر للباقي منهما؟ قال: بلى».

«قلت: فإن هي جعلت مولاها في حلّ من فرجها، له ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك».

«قلت: ولِمَ لا يجوز له ذلك وقد أجزت للّذي كان له نصفها حين أحلّ فرجها لشريكه منها؟ قال: إنّ الحرّة لا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلّله، ولكن لها من نفسها يوم وللّذي دبّرها يوم، فإن أحبّ أن يتزوّجها متعة في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتّع منها بشيء قلّ أو كثر»[٣].

ج ٣٠ / ٢٤٠

وهو صريح في المدّعى أوّلاً وآخراً.

بل ربّما أُيّد[٤]: بأنّها قبل التحليل محرّمة وإنّما حلّت به،

---

(١) كشف اللثام: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٥.

(٢) رياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٨٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ (مع ذيله) ج ٢١ ص ١٤٢.

(٤) ينظر إيضاح الفوائد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٨.

فالسبب واحد.

وفيه: أنّه حينئذٍ يكون تمام السبب لا السبب التامّ في الإباحة؛ ضرورة اختصاص التحليل بحصّة الشريك لا بالجميع، وتحقّق المسبّب عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير سبباً تامّاً.

اللّهمّ إلّا أن يريد باتّحاد السبب بناءً على[1] التحليل من ملك اليمين: كون الوطء حينئذٍ بالمتّحد، وإن اختلفت جهة ذلك بملك الرقبة في النصف والمنفعة في النصف الآخر.

لكن مع ذلك ردّه في النافع[2] والمسالك[3] وغيرهما[4] بالضعف الذي قد يشعر به هنا نسبته إلى الرواية، ولعلّهم لحظوا رواية الشيخ له في أوّل كتاب النكاح عن محمّد بن مسلم بطريق فيه عليّ بن الحسن ابن فضّال[5].

وهو ـ مع أنّه ليس ضعيفاً؛ لكونه من الموثّق الذي قد ثبتت حجّيّته في الأُصول ـ قد عرفت روايته صحيحاً.

﴿و﴾ من هنا يظهر لك النظر فيما ﴿قيل[6]﴾ من أنّه ﴿لا﴾ يجوز، بل

---

(١) لعلّ الأولى إضافة «أنّ» بعدها.

(٢) المختصر النافع: النكاح / نكاح الإماء ص ١٨٤.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٠.

(٤) ككشف الرموز: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٦٥، والمهذّب البارع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٣٣٦.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٩ ج ٧ ص ٢٤٥.

(٦) قاله ابن الجنيد على ما نقله العلّامة في المختلف: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦٢.

لعلّه المشهور[١] ﴿لأنّ سبب الاستباحة لا يتبعّض﴾ فإنّه ـ بعد تسليم كون ما نحن فيه من ذلك ـ كالاجتهاد في مقابلة النصّ الصحيح الصريح الذي لا يقصر عن تقييد ما يقتضي عدم الجواز من الأصل وقاعدة التبعيض، فلا ريب في أنّ المتّجه العمل به.

بل عن ابن حمزة أنّه «إذا هاياها مولياها فتمتّع بها أحدهما في يوم الشريك بإذنه جاز»[٢]؛ لفحوى الصحيح السابق التي لا ينافيها ـ بعد فرضها ـ أنّ المهاياة إنّما تتعلّق بالخدمة دون العين والبضع، فتأمّل.

﴿وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حرّاً، لم يجز له وطؤها بالملك ولا بالعقد الدائم﴾ اتّفاقاً[٣] لتبعّض السبب، ولا بالمنقطع في غير محلّ النصّ كذلك، ولا بالتحليل المختصّ جوازه بالمولى دون المرأة نفسها كما سمعت التصريح به في الصحيح ﴿فـ﴾لا ريب في عدم جوازه.

نعم ﴿إن هاياها على الزمان قيل﴾ كما عن الشيخ[٤] وجماعة[٥]: ↑ ج ٣٠ / ٢٤١ ﴿يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختصّ بها﴾ لكونها

(١) كما في ملاذ الأخيار: النكاح / باب ٩ السراري ذيل ح ٢٣ ج ١٣ ص ٣٩٨.

(٢) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٤.

(٣) كما في رياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٨٧.

(٤) النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٨٨.

(٥) كابن سعيد في الجامع للشرائع: النكاح / أحكام التحليل ص ٤٤٨، والسبزواري في الكفاية: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨١، والبحراني في الحدائق: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٤٦.

كالإجارة في كون موردها المنفعة المفروض اختصاصها به في هذا الزمان ﴿و﴾ مع ذلك فـ﴿هو مرويّ﴾ في الصحيح الذي سمعته.

﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردّد﴾ عند المصنّف؛ لذلك، و﴿لما ذكرناه من العلّة﴾ وهو لزومه تبعيض السبب، فإنّها لم تخرج بالمهاياة عن ملك المولى، على أنّ منافع البضع لا تعلّق لها بالمهاياة؛ وإلّا لحلّ لها المتعة بغيره في أيّامها، وهو باطل اتّفاقاً على ما في المسالك[1] ومحكيّ نهاية المرام[2].

إلّا أنّا لم نتحقّقه، وعلى تسليمه ينبغي اختصاص المنع به، لا الأعمّ منه ومن المولى الذي جوازه صريح النصّ الصحيح القابل لتقييد دليل عدم الجواز.

ومن هنا كان العمل به متّجهاً، خصوصاً بعد ظهور توهّم الضعف ممّن ردّه، إلّا أنّ الإنصاف عدم ترك الاحتياط، والله العالم.

﴿ومن اللواحق﴾ في نكاح الإماء

﴿الكلام في الطوارئ﴾ على عقد الأمة، الموجبة حكماً لم يكن قبلها؛ من التسلّط على الفسخ والتحريم في بعض الموارد ﴿و﴾ من هنا كان تسميتها بالطوارئ أولى من المبطلات؛ ضرورة عدم إبطالها في جميع الأحوال.

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / نكاح الإماء ج ٨ ص ٣١.

(٢) نهاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ١ ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

نعم ﴿هي﴾ كثيرة، لكن خصّ المصنّف منها ﴿ثلاثة: العتق والبيع والطلاق﴾ لكثرة مباحثها وتشعّب أحكامها مع ذكر الغير في ضمنها أو في محلّ آخر يناسبه، والأمر سهل.

↑ ج ٣٠ / ٢٤٢

﴿أمّا العتق﴾

﴿فإذا[١] أُعتقت المملوكة كان لها فسخ نكاحها﴾ لا أنّ النكاح بينهما باطل، وإن كان قد يوهمه قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الله ابن سنان: «إذا أعتقت مملوكيك فليس بينهما نكاح، وقال: إن أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق...»[٢].

لكن يجب إرادة الخيار منه بقرينة التصريح به في غيره من النصوص المعتضدة بالفتاوى، بل وفيه بعد ذلك: «قال: وسألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثمّ أعتقها؟ قال: نعم تخيّر فيه إذا أُعتقت»[٣].

﴿سواء كانت تحت عبد أو حرّ[٤]﴾ على المشهور بين الأصحاب[٥]، بل هو في العبد مجمع عليه بين المسلمين فضلاً عن

---

(١) في نسخة الشرائع: فإن.

(٢) الكافي: النكاح / باب الأمة تكون تحت المملوك ح ٣ ج ٥ ص ٤٨٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٣٥ ج ٧ ص ٣٤٣، وسائل الشيعة: باب ٥٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٦٥.

(٣) انظر «الكافي» و«التهذيب» في الهامش السابق، ووسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٦١.

(٤) في نسختي الشرائع والمسالك: تحت حرّ أو عبد.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٥٠.

المؤمنين[١]، مضافاً إلى إمكان دعوى تواتر النصوص فيه، بل خصّ الخيار بعضهم به، وإليه أشار المصنّف بقوله:

﴿ومن الأصحاب من فرّق﴾ بين الحرّ والعبد، مشيراً بذلك إلى الشيخ في محكيّ المبسوط[٢] والخلاف[٣]، بل اختاره هنا فقال: ﴿وهو أشبه﴾ بأصالة اللزوم في العقد، وقاعدة الاقتصار على المتيقّن، ولأنّ الأصل في هذا الحكم عتق عائشة لبريرة، فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله ولم تثبت حرّيّته:

قال أبو عبد الله عليه السلام في خبر العيص: «وبريرة كان لها زوجاً[٤]، فلمّا أُعتقت خيّرت»[٥].

وقال عليه السلام أيضاً في مرسل أبان: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: في بريرة ثلاث من السنن حين أُعتقت: في التخيير، وفي الصدقة، وفي الولاء»[٦].

بل في خبر سماعة قال: «ذكر أنّ بريرة مولاة عائشة كان لها زوج

---

(١) ينظر التنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٤٧، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٠١، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٣، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٨٤ ـ ٢٨٥.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٨.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ١٣٤ ج ٤ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤.

(٤) في المصدر بدلها: زوج.

(٥) الكافي: النكاح / باب الأمة تكون تحت المملوك ح ٢ ج ٥ ص ٤٨٦، وسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ١٦٢.

(٦) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٥ ص ١٦٣.

↑ ج ٣٠ / ٢٤٣

عبد، فلمّا أُعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: اختاري؛ إن شئت أقمت مع زوجك، وإن شئت فلا»[١].

وفي خبر العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان زوج بريرة عبداً»[٢].

وفي خبر ابن سنان عنه عليه السلام أيضاً: «إنّه كان لبريرة زوج عبد، فلمّا أُعتقت قال لها النبيّ صلى الله عليه وآله: اختاري»[٣]. بل ربّما كان في الأخير رائحة اعتبار العبديّة في التخيير.

مؤيّداً ذلك: بمعلوميّة كون المنشأ في هذا الخيار نفي الضرر والضرار؛ وهو يتحقّق في العبد ـ باعتبار كونه ملكاً للغير لا يورث، ولا ولاية له على أولاده، ولا ينفق عليهم... إلى غير ذلك ممّا هو معلوم ـ بخلاف الحرّ.

لكنّ الجميع كما ترى بعد إطلاق قول الصادق عليه السلام في صحيح الكناني: «أيّما امرأة أُعتقت فأمرها بيدها؛ إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقته»[٤].

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٢٨ ج ٧ ص ٣٤٢، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٥ ص ٤٨٧، و«الوسائل»: ح ٦ ص ١٦٣.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٩، و«الكافي» قبل ثلاثة هوامش: ح ٦ ص ٤٨٧، و«الوسائل»: ح ٤.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢٦ ص ٣٤١، ووسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٩ ج ٢١ ص ١٦٤.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٢٥ ج ٧ ص ٣٤١، وسائل الشيعة: باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨ ج ٢١ ص ١٦٣.

وقوله عليه‌السلام في مرسل ابن بكير: «في رجل حرّ نكح أمة مملوكة ثمّ أُعتقت قبل أن يطلّقها؟ قال: هي أملك ببضعها»[١].

وقوله عليه‌السلام أيضاً في خبر الشحّام[٢] وقول الرضا عليه‌السلام في خبر محمّد ابن آدم: «إذا أُعتقت الأمة ولها زوج خيّرت، إن كانت تحت حرّ أو عبد»[٣].

ومن هنا كان خيرة الأكثر[٤] عدم الفرق، والضعف في السند منجبر بالشهرة والتعاضد. بل ربّما يومئ إليه قوله صلى‌الله‌عليه‌وآله لبريرة على ما في بعض الأخبار: «ملكت بضعك فاختاري»[٥]؛ لإيمائه ـ كقوله عليه‌السلام: «هي أملك ببضعها»[٦] ـ إلى كون المنشأ في التخيير صيرورتها حرّة مالكة بضعها من غير فرق بين حرّيّة الزوج ومملوكيّته.

ومنه يعلم ما في دعوى كون منشئه الضرر، كما أنّه يعلم من ذلك كلّه ما في الأدلّة السابقة التي لا تصلح معارضاً لما عرفت، بل روي: «أنّ زوج بريرة كان حرّاً»[٧]، فلا ريب حينئذٍ

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٠ ص ٣٤٢، و«الوسائل»: ح ١١ ص ١٦٤.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣٢ ص ٣٤٢، و«الوسائل»: ح ١٣ ص ١٦٤.

(٣) انظر «التهذيب» قبل ثلاثة هوامش: ح ٣١ ص ٣٤٢، و«الوسائل»: ح ١٢ ص ١٦٤.

(٤) كما في مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٣، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٨٥، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٤ ج ٢ ص ٣١٠.

(٥) نصب الراية: ج ٣ ص ٣٩١.

(٦) كما في مرسل ابن بكير الآنف الذكر.

(٧) سنن أبي داود: ح ٢٢٣٥ ج ٢ ص ٢٧٠، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٢٣، المصنّف (العبد ←

في[1] أنّ الأشبه التعميم لا التفصيل.

كما أنّه لا فرق في ثبوت الخيار المزبور بين ما قبل الدخول وبعده؛ لإطلاق الأدلّة.

↑ ج ٣٠ / ٢٤٤

نعم، في القواعد[2] وغيرها[3]: «إلّا إذا زوّج ذو المائة ـ مثلاً ـ أمة بمائة وقيمتها مائة ثمّ أعتقها في مرض موته أو أوصى بعتقها لم يكن لها الفسخ قبل الدخول، وإلّا لسقط المهر بناءً على سقوطه بذلك منها قبل الدخول، فلم تخرج من الثلث؛ لأنّها حينئذٍ نصف ماله، فيبطل عتق بعضها وهو ثلثها، فيبطل خيارها المعتبر فيه عتقها أجمع على ما ستعرف، فيدور الفسخ إلى الفساد، ويكون ممّا يستلزم وجوده عدمه».

وقد يناقش فيه: بأنّ نفوذ العتق يكفي فيه سعة الثلث له حاله، والنقصان بعد ذلك بسبب آخر من غير المريض لا ينافيه.

لكن يدفعها: ظهور النصّ[4] والفتوى في ذلك المقام أنّ كلّ نقص يدخل التركة مرتّب على فعل الموصي لا ينفذ إلّا من الثلث.

نعم، يمكن المناقشة: بعدم اقتضاء الدور اختصاص الأمة بعدم

← الرزّاق): ح ١٣٠٣٢ ج ٧ ص ٢٥٤، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٣ ج ٣ ص ٤٥٢، معرفة السنن والآثار: ح ٤٢٦٣ ج ٥ ص ٣٥٩.

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٧ (بتلفيق مع عبارة كشف اللثام، ومع تصرّف).

(٣) كمسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٧، واستحسنه في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من كتاب الوصايا ج ١٩ ص ٢٧٥.

الفسخ ؛ إذ يمكن رفعه بعدم إرجاع مثل هذا النقص إلى الثلث لاستلزامه الدور . . . أو بغير ذلك ، بل لعلّه أولى من تخصيص دليل عدم الفسخ لها ؛ لضعف دليل ما يقتضي الإرجاع إلى الثلث حتّى في نحو المقام ، خصوصاً بعد ملاحظة قاعدة التسلّط وغيرها ممّا يقضي بالنفوذ في[1] الأصل وإن قلنا بخروج غير المقام ، فتأمّل جيّداً .

وعلى كلّ حال ، فإذا اختارت الفراق في موضع ثبوته قبل الدخول سقط المهر ، من غير خلاف[2] يعرف فيه ؛ لكون الفسخ منها قبل الدخول ، ولأنّه كتلف المبيع قبل قبضه ، ولكون النكاح كالمعاوضة المبنيّة على التسليم بالتسليم .

لكن قد يناقش : بثبوت المهر بالعقد ، وكون الفسخ من قبلها ـ على تقدير اقتضائه سقوط المهر ـ إنّما يؤثّر لو كان المهر لها لا إذا كان لغيرها ، والقياس على تلف المبيع قبل قبضه باطل عندنا ، وبناء هذه المعاوضة على احتمال جريان أمثال هذه العوارض فيها .

وإن اختارت الفراق في موضع ثبوته بعد الدخول كان المهر ثابتاً لمولاها ، بلا خلاف أجده فيه[3] ، بل ولا إشكال إذا كان العتق بعد الدخول .

---

(١) تحتمل بعض النسخ: من.

(٢) ينظر المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٩، وقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٨، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٠٥، ومسالك الأفهام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٦.

(٣) انظر الهامش السابق.

ج ٣٠ / ٢٤٥

أمّا إذا كان قبله ولم تعلم به حتّى دخل بها ثمّ علمت ففسخت، ففي محكيّ التحرير[١] والمبسوط[٢]: «يثبت لها مهر المثل؛ لاستناد الفسخ إلى العتق، ولم يستقرّ المسمّى قبله، فالوطء خالٍ عن النكاح، بل لابدّ أن يكون مهر المثل لها لا للمولى».

وفيه: أنّ الفسخ هو الموجب للانفساخ لا العتق، فالمتّجه كونه للسيّد مطلقاً، نعم إن قلنا: إنّ المهر يجب بالدخول لا بالعقد اتّجه حينئذٍ وجوب المسمّى لا مهر المثل لها؛ لأنّ الفرض كون الدخول بعد العتق.

ومن ذلك يعلم الحكم فيما لو اختارت المقام وكان العتق قبل الدخول، فإنّ المهر حينئذٍ للسيّد إن أوجبناه بالعقد كما هو التحقيق، ولها إن أوجبناه بالدخول، وإن اختارت المقام بعد الدخول بها أمة ثمّ أُعتقت كان المهر للمولى قطعاً.

ولو لم يسمّ المولى شيئاً بل زوّجها مفوّضة البضع، فإن دخل قبل العتق فالمهر المفروض أو مهر المثل للسيّد؛ لوجوبه لها وهي في ملكه.

وإن دخل بعده أي العتق، أو فرض المهر بعده وإن لم يدخل؛ فإن قلنا: صداق المفوّضة يجب بالعقد وإن لم يفرض لها ـ وإنّما الفرض كاشف عن قدر الواجب ـ فهو للسيّد، وإن قلنا: إنّما يجب بالدخول أو بالفرض إن كان قبل الدخول فهو لها؛ لوجوبه حال الحرّيّة.

هذا كلّه في مفوّضة البضع، أمّا مفوّضة المهر فهي هنا كمن سمّي لها.

---

(١) تحرير الأحكام: النكاح / مباحث تتعلّق بأنكحة المماليك ج ٣ ص ٥١٢ ـ ٥١٣.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٩.

ثمّ إنّ ظاهر النصّ والفتوى عدم الفرق في خيارها بين كون النكاح دائماً أو منقطعاً، وهو كذلك؛ إذ احتمال عدم الخيار لها في المنقطع ـ لكونه كالإجارة التي لا تنفسخ بالعتق ـ واضح الضعف.

نعم، قد يناقش في استقرار المهر أجمع لو كان الفسخ بعد الدخول: بعدم وفائها بالمدّة، فيتّجه التوزيع.

وقد يدفع: بمنافاة التوزيع للقواعد، وأقصى ما ثبت فيمن لم تفِ بما هو حقّ عليها، لا في مثل الفرض الذي كان لها الخيار بالشرع، والله العالم.

ولو أُعتقت في العدّة الرجعيّة فالظاهر أنّ لها الفسخ في الحال؛ ضرورة أولويّته من فسخ النكاح المستقرّ، وفائدته حينئذٍ: سقوط الرجعة وعدم الافتقار إلى عدّة أُخرى؛ لأنّها اعتدّت بالطلاق[1]، والفسخ لم يبطل العدّة، ولكن لا تكفيها عدّة الأمة بل تتمّ عدّة الحرّة؛ لصيرورتها كذلك.

ج ٣٠ ٢٤٦

ولو اختارت المقام لم يصحّ؛ لحصول الطلاق من الزوج، فإن لم يراجعها حينئذٍ في العدّة بانت، وإن راجعها فيها ففي القواعد: «كان لها خيار الفسخ»[2].

ولعلّه لفساد الاختيار في العدّة وانتفاء ما ينافي الفوريّة؛ فإنّ الطلاق قاطع للنكاح، فتعتدّ عدّة أُخرى حينئذٍ عدّة حرّة؛ لانقطاع الأُولى

---

(١) في كشف اللثام ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ: من الطلاق.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٨.

بالرجوع المفروض.

وإن سكتت قبل الرجعة لم يسقط خيارها بطريق أولى؛ فإنّ السكوت لا يدلّ على الرضا، ولو دلّ فلا يزيد على اختيار النكاح، هذا.

ولكن قد يقال: بمنع عدم تأثير اختيارها البقاء؛ باعتبار وجود علقة النكاح التي هي صارت سبباً لصحّة الفسخ منها، بل لعلّ ذلك لازم لصحّة اختيارها البقاء، وإن كان هو لا يمضي على الزوج المفروض حصول سبب آخر منه لفسخ النكاح. نعم ثمرته عدم جواز الفسخ لها لو رجع بها؛ لكون الفرض اختيارها بقاء علقة العقد الأوّل.

ومن ذلك يعلم حال السكوت بناءً على دلالته على الرضا بالبقاء، أو على منافاته الفوريّة، بعد ما عرفت من صحّة اختيارها الفسخ والبقاء حال الطلاق وترتّب ما عرفت عليهما.

ولو كان الطلاق بائناً فأُعتقت لم يكن محلّاً للفسخ ولا للبقاء، فلا خيار لها حينئذٍ.

وكذا لو أُعتقت ولم تفسخ لعدم علمه ونحوه ممّا لا ينافي الفوريّة، لكن في القواعد: «احتمل إيقافه ـ أي الطلاق ـ فإن اختارت الفسخ بطل وإلّا وقع، واحتمل وقوعه»[١].

وكأنّ منشأ الاحتمال الأوّل: التنافي بين الطلاق والفسخ، فإن نفذ

---

(١) المصدر السابق.

الطلاق بطل حقّها من الفسخ ، ولا يمكن القول ببطلانه لوقوعه مستجمعاً لشرائطه ، فيقع موقوفاً ، كما لو طلّق في الردّة فإنّه يوقف ، فإن عاد إلى الإسلام تبيّن صحّته وإلّا تبيّن فساده .

وفيه ما لا يخفى من أنّه لا وجه لوقوع الطلاق موقوفاً بعد فرض استجماعه لشرائط الصحّة من كامل صحيح العبارة مع بقاء الزوجيّة وعدم صلاحيّة الاختيار للمنع ؛ لاتّحاد مقتضاهما وهو انفساخ النكاح .

والفرق بين العتق والردّة بظهور البينونة حال الارتداد إن لم يعد ، بخلاف ما إذا أُعتقت ، فإنّها لا تبين إلّا بالفسخ .

ج ٣٠ / ٢٤٧

وأضعف من ذلك ما عن المبسوط : من احتمال بطلان الطلاق من رأس ، فإنّها غير معلومة الزوجيّة ، وعدم وقوع الطلاق موقوفاً ، وقال : «إنّه اللائق بمذهبنا»[١] ؛ إذ هو كما ترى ، وإنّما اللائق ما عرفت من نفوذ الطلاق وعدم مصادفة العتق محلّاً للاختيار ، كما هو واضح .

ولا يفتقر فسخ الأمة إلى الحاكم لإطلاق الأدلّة ، فما عن الشافعيّة : من احتمال الافتقار[٢] في غاية الضعف ، كما أنّ ما عن بعضهم : من ثبوت الخيار لها لو أُعتق بعضها[٣] كذلك ؛ ضرورة عدم الخيار لها حينئذٍ عندنا ؛ للأصل ، وفهم عتق الكلّ من النصّ والفتوى ، خصوصاً من نحو

---

(١) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦١.

(٢) النجم الوهّاج: ج ٧ ص ٢٦١.

(٣) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٥٩٦، الشرح الكبير: ج ٧ ص ٥٦٢.

قوله عليه السلام: «هي أملك ببضعها»[١].

نعم إن كملت بعتق كلّها اختارت حينئذٍ؛ ضرورة كونها حينئذٍ كالأمة المعتقة كلّاً من أوّل الأمر.

ولو لم تختر حتّى ينعتق العبد على وجهٍ لا ينافي الفوريّة، كان لها الخيار على المختار ـ من عدم الفرق بين الحرّ والعبد في خيارها ـ بلا إشكال، بل يقوى على غيره أيضاً كما عن المبسوط[٢]؛ لأنّه ثبت سابقاً حين كان عبداً، فلا يسقط بالحرّيّة كغيره من الحقوق على العبد أو غيره، فكما لا يسقط بعد الثبوت إلّا بما يعلم إسقاطه لها فكذا الاختيار.

ويحتمل السقوط لزوال الضرر، كالعيب إذا علم المشتري به بعد زواله، ولأنّ زوجها حين الاختيار حرّ لا ينفذ فيه الاختيار، ولأنّ الرقّيّة شرطه ابتداءً فكذا استدامةً.

وفيه: منع كون العبرة بحين الاختيار بل بحين ثبوته، ومنع الشرط استدامةً.

ولو عتقت تحت من نصفه حرّ كان لها الخيار على المختار بلا إشكال، بل في القواعد: لها ذلك أيضاً على غيره[٣]، ولعلّه لتحقّق النقص برقّيّة البعض.

---

(١) تقدّم في ص ٤٣٠.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦١.

(٣) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٨.

وفيه: أنّ الخيار على خلاف الأصل، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو غير المفروض.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿الخيار[١] على الفور﴾ اتّفاقاً على الظاهر كما في كشف اللثام[٢]، بل في الرياض: حكاية الاتّفاق عن طائفة[٣].

وهو إن تمّ الحجّة، لا ما قيل[٤]:

↑ ج ٣٠ / ٢٤٨

من الاقتصار على المتيقّن، المنافي لإطلاق الأدلّة، بل لعلّ فوريّة الخيار على خلاف الأصل؛ لمنع كونه من التخصيص بالأزمان، فأصالة بقاء الزوجيّة ولزوم المناكحة منقطعة حينئذٍ بالعتق المقتضي للخيار المستصحب بقاؤه، فيعكس الأصل حينئذٍ.

ومن تعليق الخيار على العتق بالفاء المفيدة للتعقيب بلا مهلة في بعض الروايات العامّيّة[٥]، التي هي غير حجّة عندنا بعد فرض تسليم الدلالة، على أنّها معارضة بما في بعضها ممّا هو مقتضٍ للتراخي من دوران معتب[٦] خلف بريرة في سكك المدينة باكياً يترضّاها، وجعل رسول الله صلى الله عليه وآله شفيعاً في ذلك حتّى قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله، فقالت:

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: فيه.

(٢) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٧ ـ ٣١٨.

(٣) رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٩٤.

(٤) كما في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٠٢، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٤، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٨٦.

(٥) كقوله: «ملكت بضعك فاختاري» المتقدّم في ص ٤٣٠.

(٦) في المصدر: مغيث.

«يا رسول الله أتأمرني؟ فقال لها: لا، بل إنّما أنا شافع، فقالت: لا حاجة لي فيه»[١].

واحتمال أنّ ذلك كلّه قد كان للعقد عليها جديداً، منافٍ لظاهر ما في بعضها من أنّه «يدور خلفها يترضّاها لتختاره»[٢].

وقد ظهر من ذلك: أنّ العمدة في الفوريّة الإجماع المزبور إن تمّ.

ومن هنا اتّجه بقاء خيارها لو أخّرت الفسخ للجهل بالعتق أو الخيار كما عن الأصحاب القطع به[٣]، بل لعلّه كذلك لو جهلت الفوريّة ـ وإن ناقش فيه بعضهم[٤]، بل وفي صورة الجهل بالخيار بعد العلم بالعتق ـ وكذا لو نسيت أحدهما[٥]؛ ضرورة عدم الإجماع في هذا الحال، بل لعلّه محقّق على العكس، ومنافاة السقوط لحكمة مشروعيّة الخيار وهي الإرفاق، مضافاً إلى بقاء إطلاق الأدلّة في هذه الأحوال.

بل في المسالك[٦] والرياض[٧]: قبول دعواها في الجهل والنسيان

---

(١) سنن الدارمي: ج ٢ ص ١٧٠، صحيح ابن حبّان: ج ١٠ ص ٩٦، سنن ابن ماجة: ح ٢٠٧٥ ج ١ ص ٦٧١، سنن البيهقي: ج ٧ ص ٢٢٢، نصب الراية: ج ٣ ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦.

(٢) سنن الدارقطني: ح ١٨٢ ج ٣ ص ٢٩٣، سنن الترمذي: ح ١١٥٦ ج ٣ ص٤٦٢، المصنّف (لابن أبي شيبة): ح ٧ ج ٣ ص ٤٥٢.

(٣) كما في رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٩٥، وجعله مقطوعاً به في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣١٩.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٠٧.

(٥) في العديد من المصادر ـ كالمسالك والرياض ـ بدلها: أحدها.

(٦) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٦ ـ ٣٧.

(٧) رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٩٥.

يمينها مع الإمكان في حقّها ؛ لأنّ ذلك لا يعرف إلّا من قبلها ، وأصالة الجهل مستصحبة .

وهو جيّد في الجهل ، أمّا في النسيان فقد يناقش : بأصالة عدمه ، فهي مدّعية محضة ، وعدم العلم بالنسيان إلّا من قبلها لا يصيّرها بحكم المنكر بعد أن لم يكن عنواناً للحكم ، وإلّا لاقتضى ذلك تقديم مدّعي النسيان في كثير من الموارد المعلوم كون الحكم بخلافها ، فتأمّل .

ولو أُعتقت الصغيرة أو المجنونة تخيّرتا فوراً عند البلوغ والرشد بناءً على عدم قيام الولي مقامهما في هذا الاختيار المبتني على الشهوة ، وإن كان لا يخلو من مناقشة إن لم يكن إجماعاً ، خصوصاً بعد مضيّ التزويج على المولّى عليها لو زوّجها الولي بمملوك .

ج ٣٠ / ٢٤٩

وعلى كلّ حال ، فللزوج الوطء قبل الكمال ، أو بعده قبل الفسخ وإن كان لها الفسخ ؛ لبقاء الزوجيّة من غير مانع كما هو واضح .

وليس الفسخ طلاقاً خصوصاً إذا كان منها ، فإذا فسخت ثمّ تزوّجها بعقد جديد كانت عنده على ثلاث طلقات إن لم يطلّقها قبله ، وهو واضح .

كوضوح عدم جواز المراجعة لها بعد أن تفسخ إلّا بعقد جديد ؛ ضرورة انفساخ عقدها الأوّل بفسخها المفروض ، فما عن ابن الجنيد من أنّها «لو اختارت رجعته بعد أن اختارت مفارقته ، كان ذلك لها ما لم تنكح زوجاً غيره»[1] واضح الفساد بعد معلوميّة كون المراد من نحو

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦٥.

الدليل في المقام الخيار ابتداءً كغيره من أفراده .

﴿ولو أُعتق[١] العبد لم يكن له خيار﴾ وإن كان قد زوّجه مولاه مكرهاً ؛ للأصل ، بعد اختصاص الدليل بالأمة وحرمة القياس ، خصوصاً مع الفرق بينها وبينه : بأنّ الطلاق ـ المستغنى به عن الخيار ـ بيده دونها .

خلافاً للإسكافي : فأثبت له الخيار إذا أُعتق وبقيت الزوجة أمة[٢] .

ولابن حمزة حيث قال فيما حكي عنه : «إذا كانا لمالكين وأُعتق أحدهما كان له الخيار دون سيّد الآخر ، وإن أُعتقا معاً كان للمرأة الخيار»[٣] ، ثمّ قال بعد ذلك : «إن أعتق[٤] العبد سيّده ولم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار ، وإن أكرهه كان له ذلك»[٥] .

ولكنّ الجميع كما ترى ، وإن كان الأخير خيرة الفاضل في المختلف ، معلّلاً له : بأنّه كالحرّة المكرهة[٦] [٧] ، وهو واضح الفساد ؛ ضرورة الفرق بينهما بمشروعيّة الإكراه فيه دونها .

فلا ريب في أنّ المتّجه عدم الخيار له مطلقاً ، بل ﴿ولا لمولاه﴾ وإن كان تحته أمته ؛ لخروجه بالحرّيّة عن ولاية السيّد عليه .

---

(١) في نسخة المسالك: عتق.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠٥.

(٤) ضبطت في المصدر بشكل آخر.

(٥) الهامش قبل السابق: ص ٣٠٦ (في المصدر اشتباه).

(٦) في المصدر: كالحرّ المكره.

(٧) تقدّم المصدر آنفاً.

﴿و﴾ أولى من ذلك أنّه ﴿لا﴾ خيار ﴿لزوجته حرّة كانت أو أمة؛ لأنّها رضيته عبداً﴾ فأحقّ أن ترضى به حرّاً، كما أومأ إليه الصادق عليه السلام في خبر عليّ بن حنظلة: «في رجل زوّج أُمّ ولد له من عبد، فأُعتق العبد بعد ما دخل بها، يكون لها الخيار؟ قال: لا، قد تزوّجته عبداً ورضيت به، فهو حين صار حرّاً أحقّ أن ترضى به»[1].

↑ ج ٣٠ / ٢٥٠

وفي خبر أبي بصير عنه عليه السلام أيضاً: «في العبد يتزوّج الحرّة ثمّ يعتق فيصيب[2]؟ فقال: لا يرجم حتّى يواقع الحرّة بعد ما ينعتق. قلت: للحرّة عليه الخيار إذا أُعتق؟ قال: لا، قد رضيت به وهو مملوك، فهو على نكاحه الأوّل»[3].

﴿ولو زوّج عبده أمته ثمّ أعتق الأمة أو أعتقهما كان لها الخيار﴾ للإطلاق الذي لا فرق فيه بين اتّحاد المولى وتعدّده.

نعم، قد يشكل الخيار فيما لو أُعتقا معاً على مختار المصنّف: بعدم كون الزوج عبداً حين عتقها لكون الفرض حرّيّتهما دفعةً، نعم هو متّجه على المختار ﴿وكذا لو كانا لما لكين فأُعتقا دفعةً﴾.

اللّهمّ إلّا أن يكون الخيار عنده مطلقاً إلّا إذا كان الزوج حرّاً وهي أمة، فإنّه يتّجه حينئذٍ جزمه بالخيار هنا وإن اختار هناك التفصيل،

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٣٦ ج ٧ ص ٣٤٣، وسائل الشيعة: باب ٥٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٦٦.

(٢) في المصدر بعدها إضافة: فاحشة.

(٣) الكافي: النكاح / باب المملوك تحته الحرّة ح ١ ج ٥ ص ٤٨٧، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٣٢ ج ٨ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ١ ص ١٦٥).

فينحصر سقوط خيارها عنده بما إذا كان الزوج حرّاً وهي أمة ثمّ أُعتقت ولو بأن سبق عتقه عتقها.

لكن لا يخفى عليك صعوبة مساعدة الأدلّة على ذلك، والأمر سهل بعد ما عرفت من عدم الإشكال فيه وفي غيره على المختار، والله العالم.

﴿و﴾ لا خلاف[1] في أنّه ﴿يجوز أن يجعل عتق الأمة صداقها﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[2].

مضافاً إلى استفاضة النصوص[3] أو تواترها به، وإن كان الأصل فيه أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله اصطفى صفيّة بنت حيّ[4] بن أخطب من ولد هارون عليه السلام في فتح خيبر ثمّ أعتقها وتزوّجها وجعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة[5] حتّى زعم مخالفونا[6] أنّ ذلك من خواصّه. لكن اتّفقت

---

(١) كما في مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٨٢، والحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٥٤.

(٢) ينظر الخلاف: النكاح / مسألة ٢٢ ج ٤ ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩، والتنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٥٠ ـ ١٥١، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١١٧، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٣٩، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٣.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ و١٢ و١٤ و١٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٩٦ وما بعدها.

(٤) في الكثير من المصادر ضبطت بـ «حييّ».

(٥) إعلام الورى: ص١٤٩، الطبقات الكبرى (لابن سعد): ج٨ ص ١٢١، مسند إسحاق بن راهويه: ج ٤ ص ٣١ ـ ٣٢، تفسير القرطبي: ج ١٤ ص ١٦٦، السيرة الحلبيّة: ج ٣ ص ٤١٥ ـ ٤١٦.

(٦) عمدة القاري: ج ٢٠ ص ٨١، روضة الطالبين: ج٦ ص ٩، التهذيب (للبغوي): ج ٥ ص ٢٢٢.

↑ النصوص[1] والفتاوى على خلافهم، وكفى بذلك دليلاً على الحكم.

ج ٣٠ / ٢٥١

فلا وجه للإشكال فيه: بعدم جواز نكاح المالك أمته، وبعدم جواز جعل العتق مهراً، وبأنّه لابدّ من تحقّق المهر قبل النكاح، وبلزوم الدور لتوقّف النكاح على العتق وبالعكس. إذ هو من الاجتهاد في مقابلة النصّ.

على أنّه يمكن دفع الجميع: بأنّ العتق لمّا اقترن بالنكاح لم يتزوّج أمته؛ ضرورة كون المسلّم منعه عدم اجتماع التزويج والملك، لا ما كان نحو المقام الذي يقتضي عموم الأدلّة وإطلاقها جوازه. وبمنع لزوم تحقّق المهر قبل النكاح، بل يكفي فيه المقارنة أيضاً. كما أنّ النكاح يتوقّف على اقتران العتق به، لا على سبقه له كي يلزم الدور.

إلّا أنّ الإنصاف مع ذلك مخالفة المسألة للقواعد في الجملة.

﴿و﴾ إنّما الكلام: في أنّه ﴿يثبت عقده عليها بشرط تقديم لفظ العقد على العتق بأن يقول[2]: تزوّجتك وأعتقتك وجعلت عتقك مهرك﴾ كما هو المشهور على ما حكاه غير واحد[3] ﴿لأنّه لو سبق بالعتق لكان[4] لها الخيار في القبول والامتناع﴾ كما تضمّنه:

---

(١) انظر هامش (٣) من الصفحة السابقة.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: لها.

(٣) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٢١، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٤١، والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٣.

(٤) في نسخة الشرائع: كان.

خبر عليّ بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: «سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك وجعلت عتقك مهرك؟ قال: عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوّجت وإن شاءت فلا، فإن تزوّجته فليعطها شيئاً، فإن قال: قد تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك فإنّ النكاح واقع لا يعطيها شيئاً»[1].

وخبر محمّد بن آدم عن الرضا عليه السلام: «في الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك؟ قال: جاز العتق، والأمر إليها إن شاءت زوّجته نفسها وإن شاءت لم تفعل، فإن زوّجته نفسها فأُحبّ له أن يعطيها شيئاً»[2].

وربّما أُجيب[3] عنهما: باحتمال ابتناء ما فيهما من عدم حصول النكاح بذلك على عدم ذكر صيغة التزويج، لا من حيث تقديم صيغة العتق عليها لو جاء بهما معاً كما هو مفروض البحث.

بل قد يشكل ما فيهما من نفوذ العتق: بأنّه مخالف لقصد المعتق المفروض إرادته النكاح بعتقه، فالمتّجه حينئذٍ بطلانه أيضاً كالتزويج.

مضافاً إلى مخالفتهما لإطلاق صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام:

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ١٦ ج٨ ص ٢٠١. الاستبصار: النكاح / باب ١٣١ أنّ الرجل يعتق أمته ح ٥ ج ٣ ص ٢١٠. وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٩٨.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٥، و«الاستبصار»: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٢ ص ٩٩.

(٣) كما في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٢٢. ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٩٠. وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٤.

ج ٣٠
٢٥٢

«سألته عن الرجل يعتق الأمة ويقول: مهرك عتقك؟ قال: حسن»[١]، وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه‌السلام: «أيّما رجل شاء أن يعتق جاريته ويجعل صداقها عتقها فعل»[٢] وغيرهما، وخصوص خبر عبيد بن زرارة: «سمع أبا عبد الله عليه‌السلام يقول: إذا قال الرجل لأمته: أُعتقك وأتزوّجك وأجعل مهرك عتقك فهو جائز»[٣]. والمصرّح بالجواز فيه ـ بمعنى المضيّ واللزوم ـ في المتقدّم فيه العتق على التزويج.

على أنّ تقدّم العتق لفظاً لا يقتضي ترتّب أثره كي يلزم من تقدّمه ثبوت الخيار لها حينئذٍ؛ ضرورة كونه بعض الكلام الذي هو كالجملة الواحدة الممنوع ترتّب أثره قبل تمامه.

﴿و﴾ من هنا ﴿قيل﴾ والقائل الشهيدان[٤] وجماعة[٥]، بل لعلّه المشهور بين من تأخّر عنهما[٦]: ﴿لا يشترط﴾ في الصحّة تقدّم صيغة

---

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يعتق جاريته ح ١ ج ٥ ص ٤٧٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ٩٧.

(٢) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ١٢ ج ٨ ص ٢٠١، الاستبصار: النكاح / باب ١٣١ أنّ الرجل يعتق أمته ح ١ ج ٣ ص ٢٠٩، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٥).

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٣ ص ٤٧٦، و«الوسائل»: ح ١ ص ٩٦.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٤، مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٤٣.

(٥) كابن فهد في المقتصر: النكاح / نكاح الإماء ص ٢٤٨ ـ ٢٤٩، والكركي في فوائد الشرائع (آثار الكركي): ج ١١ ص ٢٥٤ ـ ٢٥٥.

(٦) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٩٠، والبحراني في الحدائق: النكاح /طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص٢٥٩، والطباطبائي في الرياض: النكاح / ←

التزويج ولا صيغة العتق ، بل يجوز كلّ منهما ﴿لأنّ الكلام المتّصل كالجملة الواحدة، وهو حسن﴾ .

﴿و﴾ منه يعلم ضعف ما ﴿قيل﴾ : من أنّه ﴿يشترط﴾ في الصحّة ﴿تقديم العتق﴾ كما هو المحكي عن الشيخين[١] وأبي الصلاح[٢] وغيرهم[٣] ﴿لأنّ بضع الأمة مباح لمالكها، فلا يستباح بالعقد مع تحقّق الملك﴾ .

إذ قد عرفت أنّ الكلام المتّصل كالجملة الواحدة التي يترتّب أثرها دفعة واحدة عند التمام ، وحينئذٍ يتحقّق العتق والنكاح في آن واحد ، من غير فرق فيه بين تقدّم كلّ منهما وتأخّر الآخر .

﴿والأوّل﴾ وإن كان ﴿أشهر﴾ إلّا أنّ الثاني أقوى ؛ لما عرفت ، ولأنّ التحقيق في كون المراد من إطلاق النصّ والفتوى «عتق الأمة صداقها» : أنّ العتق يكون بالإصداق ، على معنى أنّ الشارع قد شرّع جعل الأمة نفسها صداقاً في تزويجها ، فتكون حينئذٍ مالكة نفسها وليست هي إلّا الحرّة .

فيكون طريقاً مخصوصاً للعتق غير العتق بإيجاد الصيغة الخاصّة ؛

← طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٠٠.

(١) المقنعة: العتق / باب العتق ص ٥٤٩، الخلاف: النكاح / مسألة ٢٢ ج ٤ ص ٢٦٨.

(٢) الكافي في الفقه: فيما يقتضي فسخ الرقّ ص ٣١٧.

(٣) كالعلّامة في المختلف: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٨٦، وولده في الإيضاح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٥٥، والصيمري في غاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٠٦.

ضرورة أنّ ذلك بعد حصوله ـ بسببه المعدّ له ـ يقتضي كون الخيار بيدها إن شاءت تزوّجت وإن شاءت لا تتزوّج ، كما صرّح به في الصحيح الأوّل وخبر محمّد بن آدم .

ج ٣٠ / ٢٥٣

وعزمه على جعل ذلك بعد حصوله صداقاً لا يقتضي مشروعيّته ، بل هو حينئذٍ كمن أبرأ ذمّة امرأة بصيغة الإبراء ثمّ أراد أن يجعل ذلك صداقاً لها ، فإنّه غير جائز قطعاً .

بخلاف ما لو جعل ما في ذمّتها صداقاً لها ، فإنّه يكون حينئذٍ الإبراء بالإصداق نفسه ، فكذا هنا ، واستبعاد جعل الإنسان نفسه صداقاً له في غير محلّه بعد النصّ والفتوى .

وما عساه يتوهّم من ظاهر بعض النصوص من جعل العتق نفسه صداقاً إنّما هو قبل إعطاء التأمّل حقّه ، وإلّا فالمراد الإعتاق بالإصداق وإن تقدّم في بعضها ذكر العتق بلفظ يشبه الصيغة ، لكنّ المعنى ما ذكرناه على نحو قوله للمرأة : «بمائة ـ مثلاً ـ أتزوّجك» ، فيكون الحاصل من النصوص : «أُعتقك بأن أجعل العتق صداقك» .

وبذلك تجتمع جميع الأخبار ، ويكون الخيار في الصحيح السابق والخبر الآخر لمكان إرادة العتق بالصيغة الموجبة له لا من حيث تقدّم العتق ، ولذا قال فيه : «فإن قال : قد تزوّجتك وجعلت مهرك عتقك فإنّ النكاح واقع ، فلا يعطيها شيئاً» مع عدم ذكر صيغة للعتق .

ومن الغريب روايته في المسالك : «فإنّ النكاح باطل ...»[1] إلى

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٤١.

آخره وجعله[١] دليلاً على ما سمعته سابقاً من التأويل، مع أنّا لم نجده كذلك في شيء من كتب الأُصول والفروع.

نعم، في كشف اللثام: أنّه روى الحميري في قرب الاسناد ـ عن عبد الله بن الحسن العلوي عن جدّه عن عليّ بن جعفر ـ أوّل الخبرين كما سمعت، إلّا أنّه قال: «فإن قال: قد تزوّجتك وجعلت عتقك مهرك، كان النكاح واجباً إلى أن يعطيها شيئاً».

قال: «والمعنى: أنّه لمّا لم يأت بصيغة التحرير وقف النكاح إلى أن يأتي بها، فيقول بعد ذلك: (فأنت حرّة). والعبارة المتقدّمة مرويّة في التهذيب والفقيه مبنيّة على إتيان المولى بصيغة التحرير»[٢].

ج ٣٠ / ٢٥٤

وهو ـ مع أنّه غير الرواية بلفظ «باطل» ـ لا يخفى ما في التفسير المزبور من إرادة الواقف منه[٣] من «الواجب»، ومن إعطاء الشيء التلفّظ بصيغة التحرير، ولعلّه حمله على خطأ الراوي، وأنّ الصحيح ما في التهذيب والفقيه، خصوصاً بعد قوله في السابق: «يعطيها شيئاً»؛ لكونها حينئذٍ حرّة قبل التزويج، بخلاف الثانية التي قد صار صداقها عتقها، فإنّها لا تستحقّ حينئذٍ شيئاً لحصول المهر لها، كما هو واضح.

وبذلك ظهر لك قوّة القول الثاني؛ ضرورة أنّه على ذلك لا فرق بين تقدّم العتق[٤] الإصداق وتأخّره، لكونه حينئذٍ من توابع العقد،

---

(١) المصدر السابق: ص ٤٢.

(٢) نسختا «كشف اللثام» الحجريّة والجديدة خاليتان من ذلك.

(٣) ليست في بعض النسخ، ويحتمل بعضها: فيه.

(٤) في بعض النسخ بعدها إضافة: على.

لا أنّه إيقاع في ضمن عقد، أو بالعكس، فإنّ كلّاً منهما في غاية المخالفة للقواعد، بخلاف ما قلناه، فإنّه ليس فيه إلّا شرعيّة الإعتاق بالطريق المزبور.

إلّا أنّه ربّما اشتهر جعل العتق صداقاً، وتوهّم منه إيقاع العتق بصيغته ثمّ جعله بعد ذلك صداقاً، نصّوا عليه في صحيح عليّ السابق وخبر ابن آدم على عدم إرادة ذلك، وأنّه تكون الامرأة معه حرّة أمرها بيدها، بل لو[1] صرّح فيه باشتراط التزويج؛ لعدم كون الإيقاع كالعقد في لزوم الشرط، بل إمّا أن يكون الشرط فيه خاصّة فاسداً أو هو والإيقاع، إلّا ما دلّ عليه الدليل كاشتراط خدمة سنة.

ومضمر سماعة: «سألته عن رجل له زوجة وسرّيّة، يبدو له أن يعتق سرّيّته ويتزوّجها؟ قال: إن شاء اشترط عليها أنّ عتقها صداقها فإنّ ذلك حلال، أو يشترط عليها إن شاء قسم لها وإن شاء لم يقسم، وإن شاء فضّل عليها الحرّة، فإن رضيت بذلك فلا بأس»[2] يمكن حمله على إرادة الإعتاق الإصداقي من الاشتراط فيه، لا أنّ المراد عتقها بالصيغة واشتراط أن يكون ذلك صداقاً لها ولو في عقد التزويج الذي يوقعه بعد ذلك.

وعلى كلّ حال فالتحقيق ما عرفت، وإن كان لا يوافقه بعض الفروع

---

(١) الأولى التعبير بدلها بـ«ولو».

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يعتق جاريته ح ٥ ج ٥ ص ٤٧٦، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٠١.

المذكورة في بعض كتب الأصحاب، كما ستعرف.

ثمّ إنّه قد يقوى في النظر عدم الحاجة في هذا العقد إلى القبول؛ اكتفاءً بوقوع ذلك من السيّد ـ الذي كان ينبغي وقوعه من الجارية ـ عن القبول، فيكون في الحقيقة موجباً قابلاً.

ج ٣٠ / ٢٥٥

وربّما يؤيّد ذلك: خلوّ نصوص المقام عنه، بل ظاهرها ـ خصوصاً الصحيح السابق ـ الوقوع بدونه. والتعليق على الرضا في مضمر سماعة لم يعلم رجوعه إلى ذلك، بل ربّما كان ظاهره الرجوع إلى الأخير، وإن كان هو أيضاً مشكل[1] لكنّه يكون خارجاً عمّا نحن فيه.

على أنّ الظاهر إرادة من اعتبر القبول تأليف صورة العقد، لا أنّ المراد كون الأمر بيدها إن شاءت قبلت وإن شاءت لم تقبل ـ كما عساه يوهمه المضمر؛ بل ربّما أوهمه أيضاً بعض عبارات الأصحاب ـ إذ ذلك منافٍ لكونها أمة قبولها إلى مولاها، وإنّما تكون حرّة بعد تمام العقد كما هو واضح. فلا ريب في عدم اعتبار القبول بالمعنى المزبور.

نعم، هو محتمل بالمعنى الذي ذكرناه مراعاةً لصورة عقد التزويج، فتقبل حينئذٍ هي تنزيلاً لما وقع من سيّدها منزلة الإيجاب منها أو يقبل سيّدها عنها، وربّما كان خلوّ النصوص اتّكالاً على الظهور والمفروغيّة من اعتبار القبول في عقد التزويج وإن وقع ممّن له القبول كوليّ

---

(١) الأولى التعبير بـ «مشكلاً».

الصغيرين ، ولا ريب في أنّه أحوط وإن كان الأوّل أقوى .

كقوّة عدم اعتبار صيغة العتق ضمناً فيه ، بل تكون حرّة بالعبارة المذكورة ، خصوصاً على ما سمعته منّا من التحقيق .

لكن في القواعد الإشكال فيه[1] : من ذلك . ومن أنّ العتق لا يقع إلّا بلفظه الصريح في الإعتاق ، ولأصالة بقاء الملك والاحتياط ، وفي كشف اللثام : «هو الوجه»[2] .

إلّا أنّه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، بل يمكن ظهور النصوص في خلافه ، بل كاد يكون صريح بعضها .

ومنه يعلم : قوّة ما سمعته من التحقيق المتقدّم ، الذي منه أيضاً يظهر لك النظر فيما في القواعد من أنّه «لو جعل ذلك ـ أي التزويج ـ بجعل العتق صداقاً في أمة الغير ؛ فإن أنفذنا عتق المرتهن مع الإجازة فالأقرب هنا الصحّة ، وإلّا فلا»[3] .

↑ ج ٣٠ / ٢٥٦

ضرورة أنّه على ما ذكرناه يتّجه الجواز حينئذٍ بناءً على صحّة الفضولي في النكاح وفي جعل مال الغير مهراً ، فإنّ المفروض حينئذٍ يكون من ذلك .

ولا إشكال فيه بعدم صحّة الفضولي في العتق إلّا إذا قلنا بصحّته من المرتهن بإجازة الراهن ، مع إمكان الفرق بينهما : بأنّ للمرتهن حقّاً في

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٩.

(٢) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٤.

(٣) المصدر قبل السابق (بعض الألفاظ من كشف اللثام).

المال وسلطنة[1] عليه في الجملة، بخلافه هنا، على أنّه هنا فيه أمر زائد على ذلك وهو جعل مال الغير مهراً، وقد عرفت فساده فيما تقدّم.

هذا كلّه من حيث العتق، وأمّا من حيث النكاح فلا ريب في ابتنائه صحّةً وفساداً على صحّة الفضولي وفساده؛ إذ فساد المهر لا يقضي بفساده كما هو واضح.

وربّما كان في المحكي في جامع المقاصد عن الشارح الفاضل للقواعد إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه، فإنّه «بنى الحكم في المهر هنا ـ وهو العتق ـ على مقدّمتين، إحداهما: عتق المرتهن، والأُخرى: أنّ المجعول عتقها مهراً هل المهر هو العتق ابتداءً أو هو تمليكها لرقبتها ويتبعه العتق؟ كما لو تزوّج جارية غيره وجعل أبا سيّدها المملوك مهراً لها، فإنّه إذا أجاز السيّد النكاح دخل أبوه في ملكه فانعتق عليه»[2] فإنّ المقدّمة الثانية صريحة فيما قلناه.

لكن في جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال: «والذي يقتضيه صحيح النظر وصادق التأمّل: أنّ هذا ليس من مسألتنا في شيء؛ لأنّ العتق في هذا الفرض واقع بلفظ صريح وعبارة تخصّه، وليس من الأُمور الحاصلة بالتبعيّة في شيء».

«ومع ذلك فصريح اللفظ أنّ المهر حقيقةً هو العتق، والتعبير بتمليك الجارية رقبتها من الأُمور المجازيّة كما حقّقناه، وقد أبطله

---

(١) في بعض النسخ: وسلطنته.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٢٦.

الشارح في كلامه قبل ، فكيف يجعل هذا مقدّمة للحكم في هذه المسألة؟!».

«ولا يقال : إنّه إنّما بنى عليه على زعمهم وإن كان غير صحيح في نفسه ؛ لأنّا نقول : قد بيّنّا أنّهم لا يريدون بذلك إلّا المجازيّة ، فلا يعتدّ بهذا البناء»[1].

وفيه : أنّه لا داعي إلى حمل ذلك منهم على المجازيّة ؛ لما عرفت من أولويّته من جعل العتق بصيغته مهراً ، بل ما سمعته من النصوص ـ الحاكمة بعود النصف رقّاً أو يسعى بقيمته لو طلّقها قبل الدخول[2] ـ شاهدة على ذلك ، مضافاً إلى ما سمعته وغيره ممّا يظهر بالتأمّل من الشواهد.

ج ٣٠ / ٢٥٧

نعم ، قد يشكل الفرض : بجعل ملك الغير مهراً ، كما عرفته فيما تقدّم.

هذا كلّه في الفضوليّة بهذا الوجه.

أمّا قوله : «زوّجت أمتي من زيد وجعلت عتقها صداقها» وقبل عنه الفضولي ثمّ أجاز زيد احتمل قويّاً الصحّة ، وإن كان فيه أيضاً إشكال جعل مال الغير مهراً.

ولو قال : «زوّجت زيداً أمتي وجعلت عتقها صداقها» فأجاز زيد ،

---

(١) الهامش السابق.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٠١.

فلا ريب في الصحّة بناءً على ما ذكرناه وعلى صحّة الفضولي.

بل وما في قوله في القواعد أيضاً: «الأقرب جواز جعل عتق بعض مملوكته مهراً، ويسري العتق خاصّة»[١]؛ ضرورة كون المراد أنّه كما جاز جعل الكلّ مهراً يجوز جعل البعض مهراً وإن سرى العتق حينئذٍ في الجميع، لكن يسري فيه من حيث كونه عتقاً لا من حيث كونه مهراً.

وتظهر الفائدة: فيما لو طلّقها قبل الدخول؛ فإنّ ربعها يرجع رقّاً أو تسعى فيه لو كان المجعول مهراً النصف.

ووجه السراية: إطلاق قوله صلى الله عليه وآله: «من أعتق شقصاً من عبد سرى إليه العتق»[٢]، كما أنّ وجه عدم الجواز في أصل المسألة الاقتصار على المتيقّن، هذا.

ولكن عن الشارح الفاضل أنّه قال: «على قول من يقول: إنّ المهر هو تمليك الجارية رقبتها تملك نصف رقبتها وتنعتق عليها، ولا سراية هنا بل تسعى في قيمة نصفها»[٣].

وفيه: أنّه قد يشكل حينئذٍ صحّة التزويج بعدم جواز تزويج السيّد أمته، والمفروض بقاء نصفها رقّاً حقيقةً، وعتقه موقوف على السعي، وإنّما يكون ذلك مع نفوذ العتق في النصف، وإنّما ينفذ مع صحّة

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٩.

(٢) أرسله بلفظه في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٢٧، وقريباً منه في عوالي اللآلي: باب العتق ح ٢ و٣ ج ٢ ص ٢٩٨.

(٣) إيضاح الفوائد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٥٧.

التزويج، وعليه يلزم صحّة نكاح السيّد أمته، وهو معلوم البطلان. وإنّما صحّحناه في صورة كون عتق الجميع مهراً؛ لأنّ العتق والتزويج يقعان معاً كما تقدّم.

نعم، قد يقال: بعموم دليل السراية لنحو الفرض، فيتّجه حينئذٍ الصحّة.

كما تتّجه أيضاً في المبعّضة التي بعضها حرّ، فيتزوّجها بجعل عتق ماله صداقاً بناءً على عدم الفرق بين الكلّ والبعض، نعم لا ريب في اشتراط رضاها هنا؛ لحرّيّة البعض.

ج ٣٠ / ٢٥٨

ولو كانت مشتركة بينه وبين غيره فتزوّجها وجعل عتق نصيبه مهراً لها، ففي القواعد: «الأقرب الصحّة، ويسري العتق، ولا اعتبار برضا الشريك، وكذا لا اعتبار برضاه لو جعل الجميع مهراً أو جعل نصيب الشريك خاصّة»[1].

وكأنّه بنى ذلك على السراية قهراً وإن لم يؤدّ قيمة نصيب الشريك، أو على أنّ الأداء كاشف، فإنّه حينئذٍ يكون صحيحاً لانتقال نصيب الشريك إليه حينئذٍ بالسراية، وصيرورتها بذلك كمملوكته التي جعل عتق بعضها مهراً.

ولا يشكل ذلك: بأنّ السراية إنّما تتحقّق بعد تحقّق العتق لنصيبه الموقوف على تمام العقد؛ لإمكان دفعه: بأنّ الجميع يتحقّق بآن واحد،

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٩.

والترتّب ذاتي لا زماني .

وبذلك بان عدم اعتبار رضا الشريك ، بل وعدم اعتبار رضا المملوكة بناءً على عدم اعتباره في مملوكته على ما سمعته ؛ ضرورة كون ذلك منها .

نعم ، يتّجه توقّف الصحّة على اعتبار رضا الشريك بناءً على عدم السراية حتّى يؤدّي القيمة ؛ لكون الجزء باقياً على ملك الغير ، فلا ينفذ النكاح بدون إذنه أو إجازته .

واحتمال إبقائه موقوفاً على الأداء ، كما ترى بناءً على تأثير الأداء في الحرّيّة لا على كونه كاشفاً ؛ ضرورة تحقّق الحرّيّة بعد حصول عقد النكاح ، كما هو واضح .

وممّا عرفت ظهر لك : عدم الفرق بين جعل عتق نصيبه مهراً ـ أو جعل عتق الجميع مهراً ، أو عتق حصّة الشريك خاصّة ـ في اشتراك الجميع بعدم اعتبار رضا الشريك ، الذي قد عرفت زوال شركته بالسراية الحاصلة بعتق نصيبه ، المقتضي ذلك لانتقال حصّة الشريك إليه .

لكنّ الإنصاف مع ذلك عدم خلوّ المسألة عن إشكال ؛ من حيث عدم اندراجها في النصّ ، خصوصاً بناءً على ما ذكرناه من كون الإعتاق بالإصداق ، فإنّه لا يتمّ معه صورة جعل الصداق حصّة الشريك خاصّة ، فتأمّل جيّداً .

كما أنّه لا يتمّ على ذلك أيضاً ما لو أعتق جميع جاريته وجعل عتق

بعضها مهراً أو بالعكس بأن جعل عتق الجميع بعض المهر، كأن أمهرها معه ثوباً مثلاً، فإنّه لا وجه ـ مع فرض كون الإعتاق بالإصداق ـ لعتق الكلّ وجعل البعض مهراً.

نعم، لا بأس بصورة العكس بأن يجعل الصداق عتقها وشيئاً آخر، كما أنّه لا بأس بإصداقها بعض رقبتها بناءً على السراية بمثل ذلك، والله العالم.

ج ٣٠ / ٢٥٩

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿أُمّ الولد لا تنعتق إلّا بعد وفاة مولاها﴾ ضرورة عدم كون الاستيلاد عتقاً وإن منع من بيعها ـ بل مطلق نقلها ـ ما دام الولد حيّاً.

نعم، لو مات مولاها والولد حيّ عتقت ﴿من نصيب ولدها﴾ اتّفاقاً[1] إن وفى؛ لانتقالها كلّاً أو بعضاً إليه بالإرث، فينعتق عليه كلّها أو بعضها ويسري العتق في الباقي، فتقوّم عليه من نصيبه.

﴿ولو عجز النصيب﴾ عن الكلّ ﴿سعت﴾ هي ﴿في المتخلّف﴾ عند الأكثر[2] ﴿ولا يلزم[3] ولدها السعي فيه﴾ أو الفكّ من ماله

---

(١) كما في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٧.

(٢) نسبه إلى الأكثر في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٣٣، وكشف اللثام: (انظر الهامش السابق).

وممّن قال بذلك المفيد في المقنعة: التجارة / ابتياع الحيوان ص ٦٠١، وابن إدريس في السرائر: العتق / أمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٢، والعلّامة في القواعد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٩، والسبزواري في الكفاية: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٥.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: على.

غير الإرث.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكيّ النهاية[١]: ﴿يلزم﴾ الولد السعي إن كان قيمتها ديناً على المولى ولم يخلّف سواها إلّا أن يموت قبل البلوغ فتباع ويقضى بثمنها الدين، وفي محكيّ الوسيلة[٢] كذلك إن كان عليه دين في غير ثمنها.

﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده كما عرفته في الجملة في كتاب البيع[٣]، وتعرفه فيما يأتي[٤] إن شاء الله.

﴿ولو مات ولدها وأبوه حيّ جاز بيعها و﴾ غيره؛ لأنّها حينئذٍ ﴿عادت إلى محض الرقّ﴾ الخالي من تشبّث الحرّيّة ﴿و﴾ صارت كحالها قبل الولادة.

بل ﴿يجوز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبتها إذا لم يكن لمولاها غيرها﴾ كما عرفته مفصّلاً في كتاب البيع[٥] ﴿و﴾ يأتي[٦] ـ إن شاء الله ـ له تتمّة.

بل ﴿قيل﴾ والقائل ابن حمزة[٧]: ﴿يجوز بيعها بعد وفاته في

---

(١) النهاية: العتق / أمّهات الأولاد ج ٣ ص ٢٤ ـ ٢٦.

(٢) الوسيلة: العتق / أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

(٣) في ج ٢٣ص ٥٥٠ ...

(٤) في ج ٣٥ ص ٦٣١...

(٥) في ج ٢٣ ص ٦٠٤....

(٦) في ج ٣٥ ص ٦٣٠.

(٧) الوسيلة: العتق / أحكام أُمّهات الأولاد ص ٣٤٣.

ديونه وإن لم يكن ثمناً لها، إذا كانت الديون محيطة بتركته بحيث لا يفضل عن الدين[١] شيء أصلاً﴾.

لأنّه لا نصيب للولد حينئذٍ.

وهو مبنيّ على عدم انتقال التركة إلى الورثة مع الدين، وهو ممنوع كما حقّقناه في محلّه[٢].

ج ٣٠ / ٢٦٠

ولقول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير: «...وإن مات وعليه دين قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها...»[٣].

وهو ـ مع ضعفه سنداً ودلالةً ـ معارض بغيره ممّا عرفته وتعرفه؛ ضرورة كون المقام غير مقامه، وإنّما ذكر المصنّف ذلك كلّه مقدّمةً لقوله: ﴿ولو كان ثمنها ديناً فتزوّجها المالك وجعل عتقها مهرها، ثمّ أولدها وأفلس بثمنها ومات، بيعت في الدين﴾.

﴿وهل يعود ولدها رقّاً؟ قيل﴾ والقائل الشيخ[٤] وابنا الجنيد[٥] والبرّاج[٦]: ﴿نعم﴾ هو رقّ للمولى الأوّل بل وأُمّه كذلك أيضاً ﴿لرواية

---

(١) في نسخة الشرائع: الديون.

(٢) في ج ٢٧ ص ١٦٥...

(٣) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق ح ٩٨ ج ٨ ص ٢٣٩، الاستبصار: العتق / باب ٨ أنّه إذا مات الرجل وترك... ح ٥ ج ٤ ص ١٤، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب الاستيلاد ح ٤ (مع ذيله) ج ٢٣ ص ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٤) النهاية: العتق / باب العتق ج ٣ ص ١٧.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٨٩.

(٦) المهذّب: العتق / باب العتق ج ٢ ص ٣٦١.

هشام بن سالم﴾ له صحيحاً عن الصادق عليه السلام في موضع من التهذيب[١] ـوفي آخر عن أبي بصير[٢] ـعن الصادق عليه السلام قال: «سئل وأنا حاضر: عن رجل باع من رجل جارية بكراً إلى سنة، فلمّا قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوّجها وجعل مهرها عتقها، ثمّ مات بعد ذلك بشهر؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الذي اشتراها له مال أو عقدة[٣] تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإنّ عتقه ونكاحه جائز، وإن لم يملك مالاً أو عقدةً تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه ونكاحه باطلاً لأنّه عتق ما لا يملك، وأرى أنّها رقّ لمولاها الأوّل. قيل له: وإن كانت علقت من الذي أعتقها وتزوّجها، ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع اُمّه كهيئتها»[٤].

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿الأشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده ﴿أنّه لا يبطل العتق ولا النكاح، ولا يرجع الولد رقّاً﴾ وفاقاً لابن إدريس[٥] وأكثر المتأخّرين[٦] ﴿لتحقّق الحرّيّة فيهما﴾ والحرّ لا يعود

---

(١) تهذيب الأحكام: العتق / باب ١ العتق ح ٧١ ج ٨ ص ٢٣١.

(٢) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٢٠ و٦٨ ج ٨ ص ٢٠٢ و٢١٣.

(٣) العُقْدة: الضيعة والعقار. القاموس المحيط: ج ١ ص ٦٠٣ (عقد).

(٤) الكافي: العتق / باب نوادر ح ١ ج ٦ ص ١٩٣، وسائل الشيعة: باب ٢٥ من كتاب العتق ح ١ ج ٢٣ ص ٥٠.

(٥) السرائر: كتاب العتق ج ٣ ص ١٤.

(٦) كالعلّامة في التحرير: النكاح / مباحث تتعلّق بأنكحة المماليك ج ٣ ص ٥١١، وولده في الإيضاح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٥٩، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٣٥.

رقّاً. والخبر مطّرح، أو محمول:

على ما في القواعد: من حمل عود الرقّ فيه على وقوع العتق في مرض الموت، والفرض عدم الثلث له لاستغراق الدين[١].

وإن كان فيه: أنّ ذلك يفسد عتقها لا حرّيّة الولد، إلّا أن يحمل قوله عليه السلام: «كهيئتها» على المساواة في الحرّيّة، لكنّه بعيد جدّاً من اللفظ، ومن انكشاف عدم الحرّيّة.

ج ٣٠ / ٢٦١

أو على ما عن بعضهم: من وقوع العتق مضارّاً، فلا ينفذ لخلوّه عن القربة حينئذٍ[٢].

وإن كان فيه أيضاً: أنّ ذلك لا يتمّ في الولد.

أو على ما عن آخر: من كون البيع فاسداً وعلم المشتري بذلك على وجهٍ يكون زانياً، فإنّه حينئذٍ يفسد العتق والنكاح، ويكون الولد رقّاً[٣].

وإن أورد عليه في كشف اللثام[٤]: بأنّه لا جهة لفساده، إلّا أن يقال: إنّه حينئذٍ سفيه لا ينفذ عتقه ولا عقده. وفي غيره[٥]: بأنّه لا وجه للتقسيم حينئذٍ في الخبر.

قلت: يمكن أن يكون وجه الفساد اعتبار وجود المقابل في صحّة

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٠.

(٢) قاله الشيخ طومان بن أحمد العاملي المناري على ما في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٣) نقله في غاية المراد: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٠٢.

(٤) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٩.

(٥) ينظر غاية المراد: (المصدر قبل السابق: ص ١٠٣).

الاستدانة ولو بطريق الشراء نسيئةً كما ذهب إليه بعض الأفاضل من مشايخنا[١]، أو اعتبار العزم على الأداء كما سمعته في كتاب القرض[٢] وغيره ولم يكن عازماً؛ بقرينة مبادرته للإعتاق مع علمه بعدم شيء عنده.

ولعلّ هذا وسابقه أولى من جميع ما ذكر في تأويله، بل يمكن إرادة القائل بالفساد ذلك.

ومنه يعلم ما في كشف اللثام: من أنّ الأجود طرحه؛ لأنّ الخبر لضعفه ومخالفته الأُصول لا يصلح للعمل[٣].

وكأنّه تبع بذلك ثاني الشهيدين في المسالك، فإنّه طعن في صحّتها: باشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره، وباضطرابها؛ لأنّ الشيخ رحمه الله تارةً رواها عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام من غير واسطة وأُخرى عن أبي بصير، فهي مضطربة الإسناد، فلا تكون حجّة كما قرّر في علم دراية الحديث[٤].

ثمّ قال: «فإذا كانت الرواية هكذا حالها لم يصعب اطّراحها في مقابلة الأُمور القطعيّة التي تشهد لها الأُصول الشرعيّة»[٥].

---

(١) ينظر مفتاح الكرامة: الدين / المطلب الأوّل ج ١٥ ص ١٣ ـ ١٤ (لم يجوّز الاستدانة لغير القادر على الأداء لا حالاً ولا مؤجّلاً).

(٢) في ج ٢٦ ص ٧٩ ...

(٣) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٩.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٥٠ ـ ٥١.

(٥) المصدر السابق: ص ٥١.

وقد يناقش: بمنع اشتراك أبي بصير بين الثقة وغيره، بل كلّ منهما ثقة كما حرّر في محلّه، ولو سلّم فالخبر صحيح أو موثّق، وكلّ منهما حجّة، فالأولى تأويلها بما سمعت.

ثمّ لا يخفى أنّ اللائق بالعمل بالخبر المزبور الجمود على ما فيه من القيود المحتمل مدخليّتها في الحكم المزبور، ولعلّ إطلاق الشيخ الثمن ـ مع كونه في الرواية نسيئة ـ للقطع عنده بعدم احتمال المدخليّة، فضلاً عن احتمال مدخليّة خصوص النسيئة، كالقطع بعدم اعتبار البكارة.

بل لم يعتبر الشيخ الحمل، فلم يفرّق بين موته وهي حامل أو بعد وضعها، مع احتمال الفرق بتبعيّة الحمل للحامل في كثير من الأحكام أو مطلقاً عند قوم. اللّهمّ إلّا أن يقطع في خصوص المقام بذلك؛ ضرورة عدم الفرق في حرّيّته بين كونه حملاً أو مولوداً.

ج ٣٠ / ٢٦٢

نعم، يتّجه الفرق بين الأمة والعبد، فلو اشتراه نسيئةً أو مطلقاً وأعتقه لم يعد رقّاً.

هذا كلّه مع العمل بالخبر المزبور، لا على ما ذكرناه من الوجه في تأويله، أمّا عليه فلا فرق بين جميع ذلك كلّه، كما أنّه لا إشكال في شيء منه على من اطّرح الخبر المزبور، كما هو واضح، والله العالم.

كلّ ذلك في العتق من الطوارئ.

﴿وأمّا البيع﴾

﴿فإذا باع المالك الأمة﴾ المزوّجة بعبدٍ مملوكٍ للبائع أو غيره أو لهما، أو حرٍّ كلّاً أو بعضاً، من واحد أو متعدّد ﴿كان ذلك كالطلاق﴾

بلا خلاف[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢].

مضافاً إلى خبر الحسن بن زياد: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل اشترى جارية يطأها، فبلغه أنّ لها زوجاً؟ قال: يطأها، فإنّ بيعها طلاقها، وذلك أنّهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا»[٣].

وصحيح عبد الرحمن سأله عليه السلام: «عن الأمة تباع ولها زوج؟ فقال: صفقتها طلاقها»[٤].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها، وقال: في الرجل يزوّج أمته رجلاً حرّاً ثمّ يبيعها؟ قال: هو فراق ما بينهما، إلّا أن يشاء المشتري أن يدعهما»[٥].

وحسنة بريد وبكير عن الباقر والصادق عليهما السلام: «من اشترى مملوكة لها زوج فإنّ بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرّق بينهما وإن شاء[٦]

---

(١) كما في التنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٥٩، وكفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج٢ ص١٨٦، والحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٧٤.

(٢) ينظر جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٤٠، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٢٩٧، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٢٩، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٣) الكافي: النكاح / باب الرجل يشتري الجارية ح ١ ج ٥ ص ٤٨٣، ووسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٥٤.

(٤) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٣.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ١٣ ج ٧ ص ٣٣٧، وانظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤. و«الوسائل»: ح ١.

(٦) في المصدر بعدها إضافة: تركهما.

على نكاحهما»[١].

﴿و﴾ منه يعلم: إرادة أنّ ﴿المشتري بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه﴾ من حمل الطلاق على البيع فيه وفي غيره، مضافاً إلى خبر الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار؛ إن شاء فرّق بينهما وإن شاء تركها معه، فإن هو تركها معه فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما أمضى[٢]، قال: وإن بيع العبد فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل ما صنع صاحب الجارية فذلك له، وإن هو سلّم فليس له أن يفرّق بينهما بعد ما سلّم»[٣].

ج ٣٠ / ٢٦٣

لا أنّه طلاق حقيقةً.

بل ولا أنّه في حكم الطلاق من حرمة المواقعة وغيرها قبل أن يفسخ المشتري إلّا أن يشاء المشتري إبقاء العقد، وإن كان هو أقرب إلى الحمل والتشبيه، بل هو ظاهر خبر ابن زياد وصحيح ابن مسلم. فيكون شبه الفضولي قبل الإجازة بمعنى: احتياج الصحّة فيه إلى إنشاء الرضا، دون الفساد، فإنّه يكفي فيه عدم إنشاء الرضا، أو شبه الطلاق الرجعي المتوقّف تحقّق الرجعة فيه على إنشائها، دون مضيّ الطلاق الذي يكفي

---

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يشتري الجارية ح ٣ ج ٥ ص ٤٨٣، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٦ ج ٨ ص ١٩٩، وسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ ج ٢١ ص ١٥٤.

(٢) في متن الوسائل: «بعد التراضي» وفي الفقيه وهامش الوسائل: «بعدما رضي».

(٣) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب طلاق العبد ح ٤٨٦٩ ج ٣ ص ٥٤٣، وسائل الشيعة: باب ٤٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٥٦.

فيه عدم إنشاء ما يقتضي الرجوع.

بل لعلّه لا ينافي ذلك الخبران بعد أن كان التفريق يكفي فيه عدم إرادة إبقاء العقد.

فتجتمع حينئذٍ جميع النصوص على معنى واحد، خصوصاً بعد تعذّر العمل على ظاهري خبري التخيير المقتضي توقّف إمضاء العقد على إرادة إمضائه المخالف لمقتضى الخيار؛ ضرورة كون المحتاج فيه إلى الإنشاء الفسخ خاصّة دون الإمضاء الذي يكفي فيه العقد الأوّل، كما في سائر أفراد الخيار.

لكنّ الإجماع ظاهراً على كون المراد بذلك الخيار منع منه، فإن تمّ كان هو الحجّة، وحينئذٍ فالنكاح باقٍ إلّا أن يفسخ كغيره من أفراد النكاح ذي الخيار، وإلّا كان الأقوى ما عرفت.

وعلى كلّ حال، فما في خبر البصري عن أبي عبد الله عليه السلام: «... في الرجل يبتاع الجارية ولها زوج حرّ؟ قال: لا يحلّ لأحد يمسّها حتّى يطلّقها زوجها الحرّ»[1] قاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه. فيجب حمله على صورة إقرار المشتري الزوج على عقده، أو تخصيصه باختيار المشتري الفسخ... أو غير ذلك؛ لقوّة تلك الأدلّة، المؤيّدة: بتضرّر المالك بالتزامه ببقاء النكاح الذي من المحتمل اعتبار استدامة

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ الزيادات ح ٤٧ ج ٧ ص ٤٥٩، الاستبصار: النكاح / باب ١٢٩ أنّ بيع الأمة طلاقها ح ٤ ج ٣ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٥٥.

الملك في مضيّه.

ومن ذلك وما هو كالتعليل في خبر زياد[١] يعلم: عدم الفرق في الحكم المزبور بين البيع وغيره من الناقل الاختياري، بل والقهري كالإرث؛ ضرورة كون المنشأ في ذلك تجدّد المالك، بل لأنّه[٢] يحتمل ثبوته للبائع لو عاد إليه ولو بفسخ أو إقالة.

ج ٣٠ / ٢٦٤

ولو أوقف العبد المتزوّج مثلاً على الفقراء أو على جهة عامّة، وقلنا بانتقال العين الموقوفة كذلك لله أو للفقراء، احتمل أنّ الخيار بيد الحاكم، وكذا لو دفعه إلى الحاكم خمساً للسادة أو زكاةً للفقراء، ويحتمل العدم اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن، ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة.

ولو دفعه الحاكم إلى خصوص فقير، احتمل أيضاً كون الخيار له؛ لتجدّد ملك للشخص غير ملك الجنس، فيثبت الخيار حينئذٍ له وإن كان قد أمضاه الحاكم من قبل، فتأمّل جيّداً.

ثمّ لا فرق في ذلك بين أفراد النكاح؛ لأنّ ثبوته في الأقوى يقتضي ثبوته في الأضعف بالطريق الأولى، والتشبيه بالطلاق لا يقتضي اختصاصه فيما يقبله.

بل الظاهر عدم ثبوت الخيار في التحليل منه؛ لانقطاع الإذن بانتقال الملك، فيحتاج حينئذٍ إلى عقد جديد.

---

(١) الصحيح «ابن زياد» كما تقدّم عند نقل الخبر.

(٢) كأنّها زائدة.

نعم، لو كان منقطعاً ففسخ المشتري قبل مضيّ المدّة، احتمل رجوع الزوج على البائع بما قابل المدّة من المهر. وفيه إشكال يعرف ممّا قدّمناه سابقاً. بل وفي الفسخ قبل الدخول فضلاً عن ذلك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿خياره على الفور﴾ وحينئذٍ ﴿فإذا علم ولم يفسخ لزم العقد﴾ بلا خلاف في الظاهر كما اعترف به في الرياض، بل فيه أنّ «ظاهرهم الإجماع عليه»[1].

لخبر الكناني[2]، مؤيّداً: بما دلّ من النصوص[3] على أنّ سكوت الموالي بعد بلوغهم تزويج عبيدهم إجازة، وبقاعدة الاقتصار على المتيقّن، واندفاع الضرر معها، ودلالة التأخير على الرضا.

لكنّ الجميع ـ كما ترى ـ غير صالح لقطع الاستصحاب وتقييد الإطلاق، والمراد بـ«تركها معه» في خبر الكناني: إن شاء الإبقاء الذي يؤول إلى إسقاط حقّ الفسخ، وهو غير ما نحن فيه.

نعم، إن تمّ الإجماع كان هو الحجّة وإلّا كان للنظر فيه مجال؛ ومن هنا اتّجه بقاء الخيار مع الجهل به كما صرّح به غير واحد[4]، بل في

---

(١) رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٠٨.

(٢) تقدّم في ص ٤٦٦.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٧.

(٤) كالكركي في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٤٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٥٣، والسبزواري في الكفاية: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٧.

↑ الرياض: نفي الخلاف عنه[١].

ج ٣٠ / ٢٦٥ بل لا يبعد إلحاق الجهل بالفوريّة به أيضاً وفاقاً لبعضهم[٢]؛ للأصل والإطلاق السالمين عن معارضة الإجماع هنا قطعاً.

﴿وكذا حكم العبد إذا كان تحته أمة﴾ وبِيع؛ فإنّ مشتريه بالخيار أيضاً على حسب ما سمعته في الأمة، بلا خلاف أجده[٣]؛ لصحيح ابن مسلم وخبر الكناني المتقدّمين[٤]، والتعليل في خبر ابن زياد[٥] المؤيّدة بما سمعته.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو كان تحته حرّة فبِيع﴾ فالمشهور[٦] أيضاً أنّه ﴿كان للمشتري الخيار﴾ في نكاحه؛ لخبر الكناني والتعليل، المؤيّدين: بقاعدة تسلّط المالك على ملكه في ابتداء النكاح فكذا استدامته.

خلافاً لابن إدريس وجماعة كما قيل[٧]، بل في محكيّ السرائر: «أنّ الشيخ أورد ذلك في النهاية إيراداً لا اعتقاداً، وقد رجع عنه في مبسوطه فقال: وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه فالنكاح باقٍ بالإجماع؛

(١) رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٠٨.

(٢) كالشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل الخامس ج ٥ ص ٣٣١، والطباطبائي في الرياض: (الهامش السابق: ص ٤٠٨ ـ ٤٠٩).

(٣) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٧٧.

(٤) في ص ٤٦٥ و٤٦٦.

(٥) تقدّم في ص ٤٦٥.

(٦) كما في المهذّب البارع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣١.

(٧) كما في رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٠٩.

للأصل، واختصاص المثبت للحكم بغيره مع حرمة القياس»[١].

بل ظاهر قول المصنّف هنا: ﴿على رواية فيها ضعف﴾ سنداً ودلالةً الميل إليه، مشيراً بذلك إلى خبر محمّد بن عليّ عن أبي الحسن عليه السلام: «إذا تزوّج المملوك حرّة فللمولى أن يفرّق بينهما، فإن زوّجه المولى حرّة فله أن يفرّق بينهما»[٢]؛ إذ ليس له التفريق إلّا بالبيع المعرّض له.

وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما قلناه من أنّا في غنية عن هذا الخبر بما سمعت، على أنّ ضعف السند ينجبر بالشهرة، بل والدلالة التي لا يقدح فيها عدم جواز التفريق له بغير البيع؛ ضرورة أنّ أقصى ذلك خروج مثل هذا الفرد من الإطلاق، ومعقد إجماع المبسوط بقاء النكاح الذي لا ينافي ثبوت الخيار.

↑ ج ٣٠ / ٢٦٦

ولكن مع ذلك كلّه فالاحتياط لا ينبغي تركه.

﴿ولو كانا﴾ أي العبد والأمة ﴿لمالك﴾ متّحد ﴿فباعهما لاثنين﴾ دفعةً أو ترتيباً، على جهة الشركة بينهما أو اختصاص كلّ واحد بواحد ﴿كان الخيار لكلّ واحد من المبتاعين، وكذا لو اشتراهما واحد﴾ بلا خلاف[٣] ولا إشكال؛ لإطلاق الأدلّة.

﴿وكذا لو باع أحدهما كان الخيار للمشتري﴾ أيضاً لذلك

---

(١) السرائر: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٨ (مع تقديم وتأخير وتصرّف يسير).

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ١٨ ج ٧ ص ٣٣٩، وسائل الشيعة: باب ٦٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ ج ٢١ ص ١٨١.

(٣) كما في رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤١١.

﴿وللبائع[١]﴾ عند المصنّف وجماعة[٢]؛ استصحاباً لحاله السابق قبل البيع، ولإطلاق النصوص[٣] كون البيع طلاقاً، ولاشتراكه مع المشتري في المعنى المقتضي لجواز الفسخ، وهو التضرّر بمضيّ تزويج مملوكه لغير مملوكه.

﴿و﴾ حينئذٍ ﴿لا يثبت عقدهما إلّا برضا المتبايعين﴾ ضرورة عدم الاكتفاء بأحدهما بعد أن كان الخيار لكلّ منهما؛ لتقدّم الفاسخ على غيره كما في كلّ خيار مشترك.

﴿ولو﴾ أمضيا و﴿حصل بينهما أولاد كانوا لموالي الأبوين﴾ كالمتناكحين ابتداءً بإذن من موليهما، الذي قد عرفته فيما تقدّم، وعرفت ضعف الخلاف فيه وهو الإلحاق بالأُمّ.

إنّما الكلام في ثبوت الخيار للبائع، وتفصيل البحث فيه: أنّه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار له إذا لم يكن مالكاً إلّا من باعه؛ ضرورة انقطاع سلطنته حينئذٍ، وما عساه يظهر من ثاني الشهيدين في الروضة[٤] وفي أوّل البحث من المسالك[٥] من[٦] ثبوت الخيار له حينئذٍ

---

(١) في نسخة المسالك: والبائع.

(٢) كالشيخ في النهاية: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٨، وابن البرّاج في المهذّب: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ٢١٨، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٥٦.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٥٤.

(٤) الروضة البهيّة: النكاح / الفصل الخامس ج ٥ ص ٣٣٠.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٥٦.

(٦) في بعض النسخ بدلها: أنّ.

اشتباه قطعاً.

أمّا إذا كان مالكاً للآخر فقد عرفت تصريح المصنّف وغيره بثبوت الخيار له لما عرفت، لكنّ ظاهرهم اختصاصه بذلك، فلا يثبت الخيار لمالك العبد مثلاً غير البائع ببيع الأمة منه، خلافاً للشيخ[١] وابن حمزة[٢] والفاضل[٣] وغيرهم[٤] فإنّه يثبت الخيار له عندهم.

ولعلّ وجهه: جريان الاستصحاب فيه دون غيره، ودعوى ظهور انسياق البائع من قوله عليه السلام: «طلاق الأمة بيعها»[٥] في نحو الفرض، دون المالك الآخر الذي يقتضي الأصل لزوم العقد بالنسبة إليه.

فيتحصّل حينئذٍ في المسألة أقوال ثلاثة:

ج ٣٠ / ٢٦٧

أحدها: عدم الخيار لغير المشتري مطلقاً كما هو خيرة ابن إدريس[٦]؛ للأصل، وظهور النصوص في إرادته من نحو قوله عليه السلام: «طلاق الأمة بيعها»[٧] بقرينة تفريع ذلك عليه في بعضها[٨]، وظهور الفرق في بطلان القياس عليه: بأنّه لم يحصل منه رضا بالنكاح أصلاً،

---

(١) النهاية: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٨.

(٢) الوسيلة: النكاح / عقد العبيد والإماء ص ٣٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦١.

(٤) كفخر الدين في الإيضاح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦٠. والمقداد في التنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦١ ـ ١٦٢.

(٥) كما في خبر محمّد بن مسلم المتقدّم في ص ٤٦٥.

(٦) السرائر: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٦٠١.

(٧) تقدّم في ص ٤٦٥.

(٨) كخبر بريد وبكير المتقدّم في ص ٤٦٥.

بخلاف المالك الأوّل.

ثانيها: ثبوته لمالك الآخر الذي لم يبع سواء كان هو البائع أو غيره؛ لاختلاف الأغراض في نكاح المماليك بالنسبة إلى المالكين، ولإطلاق نحو قوله عليه السلام: «... بيع الأمة طلاقها»[1].

ثالثها: التفصيل بين البائع وغيره، فيثبت الخيار له دون غيره؛ للفرق بينهما بالاستصحاب فيه وعدمه في غيره. لكنّه ـ كما ترى ـ هو أضعفها؛ ضرورة أنّ التخيير الذي كان له إنّما هو من حيث كونه مولى لهما، والفرض زواله بالبيع، فلا وجه لاستصحابه، على أنّ محلّ البحث في التخيير الحاصل بسبب البيع، وغير الاستصحاب ممّا ذكرناه دليلاً لذلك لا يخصّ البائع.

وبذلك ظهر لك: أنّ المتّجه أحد القولين دون التفصيل، والأقوى اختصاص الخيار بالمشتري؛ للأصل السالم عن معارضة النصوص:

أمّا على ما قلناه ـ من كون المراد من «بيع الأمة طلاقها» حصول حكم الطلاق بمجرّد البيع من غير فرق بين كون الزوج مثلاً ملكاً للبائع أو لغيره إلّا أن يشاء[2] المشتري إبقاء نكاحهما؛ لصيرورته[3] استدامة النكاح بالنسبة إليه كالنكاح الفضولي ابتداءً، أو صيرورة البيع بالنسبة كالطلاق الرجعي وأنّ أمر الرجعة إليه ـ فواضح؛ إذ ليس في شيء من

---

(١) وسائل الشيعة: باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٩ ج ٢١ ص ١٥٦.

(٢) في بعض النسخ: شاء.

(٣) في بعض النسخ: لصيرورة.

النصوص اعتبار رضا مولى الآخر سواء كان هو البائع أو غيره.

وأمّا على إرادة الخيار منه فلا ريب في كونه غير الظاهر منه، لكن للقرينة ـ وهي قوله عليه السلام: «فإن شاء المشتري...» إلى آخره، وقوله عليه السلام: «إلّا أن يشاء المشتري...» إلى آخره ـ حمل على ذلك، ولا ريب في اقتضائها خصوص المشتري دون غيره.

ج ٣٠ / ٢٦٨

ودعوى[1]: أنّ التفريع لا يقتضي التخصيص.

يدفعها: عدم المقتضي للتعميم؛ ضرورة كونه خلاف الظاهر، على أنّه غير تامّ في قوله عليه السلام: «هو فراق ما بينهما إلّا أن يشاء المشتري...»[2] إلى آخره.

كدعوى: كون المراد ـ ولو بالقرينة ـ تزلزل العقد بالنسبة إلى كلّ من له تعلّق به، فيعمّ المشتري ومولى الآخر، بل والبائع وإن لم يكن مولى كما سمعته من ظاهر عبارة الروضة.

ضرورة عدم الشاهد عليها، والقرينة لا تصلح لغير ما عرفت، فتبقى حينئذٍ أصالة اللزوم سالمة عن المعارض، ويختصّ الخيار بالمشتري، ودعوى الاشتراك في العلّة من القياس الممنوع، والله العالم.

﴿مسائل ثلاث﴾

﴿الأُولى﴾

﴿إذا زوّج أمته ملك المهر﴾ بلا خلاف[3] ولا إشكال ﴿لثبوته في

---

(١) كما في رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤١٢.

(٢) تقدّم في ص ٤٦٥.

(٣) كما في رياض المسائل: (الهامش قبل السابق: ص ٤١٣).

ملكه﴾ باعتبار كونه عوضاً للبضع المملوك له ﴿فإن باعها قبل الدخول﴾ وقلنا: إنّ البيع نفسه بحكم الفسخ أو فسخ المشتري بخياره ﴿سقط المهر؛ لانفساخ العقد الذي ثبت المهر باعتباره﴾ من غير قبل الزوج.

لا نصفه إن قبضه كما عن المبسوط[1]؛ ضرورة عدم كونه طلاقاً ولا فسخاً من قبل الزوج ملحقاً به لو قلنا بحجّيّة القياس، وإطلاق النصوص كون البيع طلاقاً يراد منه ما عرفت، لا أنّ المراد لحوق حكم الطلاق على وجهٍ يشمل ذلك قطعاً.

نعم، قد يتخيّل ثبوته أجمع للسيّد الأوّل؛ لملكه له بالعقد، فالاستصحاب يقتضي ثبوته له بعد فرض عدم الدليل على ثبوت حكم البيع من المعاوضات هنا باعتبار عدم التقابض، خصوصاً بعد أن كان الصحيح ثبوت المهر بالموت.

↑ ج ٣٠ / ٢٦٩

لكن فيه: أنّ الإجماع ظاهراً على أنّ الفسخ منها أو ممّا في حكمها قبل الدخول مسقط للمهر، وفي النصوص ما يدلّ عليه[2]، بل ربّما كان في قوله تعالى: «وقد أفضى بعضكم...»[3] إلى آخره نوع إشعار به في الجملة.

بل قد عرفت فيما مضى أنّ مقتضى انفساخ العقد ردّ كلّ عوض إلى

---

(١) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ١٩٨.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١١ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٢٤.

(٣) سورة النساء: الآية ٢١.

صاحبه ، والموت لا انفساخ فيه ، والفرض هنا أنّه فسخ بـالخيار الذي جعله الشارع له . ولا يرد عـلى ذلك الفسـخ بـعد الدخـول ؛ ضـرورة حصول العوض لمن له فيه باستيفائه ولو مرّة .

نعم ، لو فرض هنا كون العقد منقطعاً ، وقد مضت مدّة وكـان عـدم الدخول منه لا منها ، توجّه استقرار ملك السيّد لما قابل المدّة من المهر .

هذا كلّه فيما إذا فسخ المشتري .

﴿فإن أجاز﴾ أي ﴿المشتري كان المهر له﴾ عند ابن إدريس رحمه الله[1] ومن تأخّر عنه[2] ﴿لأنّ إجازته كالعقد المستأنف﴾ المـقتضي مـلك المهر لمالك البضع .

وفيه : أنّه لا يتمّ على ما ذكروه من الخيار الذي معناه أنّ له فسـخ العقد ، فمع فرض عدمه يكون العقد السابق تامّاً فـي الاقـتضاء عـلى حسب ما وقع ، والفرض أنّه كان مقتضياً لملك السيّد الأوّل المهر .

ودعوى[3] : أنّه بعدم فسخه ينتقل ملك المهر من السـيّد الأوّل إلى السيّد الثاني .

من الغرائب التي لا توافق شيئاً من الأدلّة ، بل الأدلّة أجـمع عـلى

---

(١) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٤١.

(٢) كالعلّامة في القواعد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٠، والمقداد فـي التـنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦٢.

(٣) ينظر جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٤٦.

خلافها، ومن هنا لو أُعتقت الأمة المزوّجة قبل الدخول ولم تفسخ كان المهر للسيّد بلا إشكال ولا خلاف[١].

ودعوى[٢]: الفرق بين المقامين بعدم اقتضاء العتق نقل المنافع؛ لكونه فكّ ملك، فيكون التزويج فيه حينئذٍ كاستثناء المنفعة له التي يتبعها بقاء عوضها له أيضاً، بخلاف البيع الذي يقتضي نقل المنفعة للمشتري المقتضي انتقال عوضها إليه دون البائع.

كما ترى لا محصّل لها؛ ضرورة أنّه إن كان التزويج السابق شبيهاً باستثناء المنفعة فليكن ذلك فيهما وإلّا فلا، فإنّ المنفعة تابعة للعين من غير فرق بين الحرّيّة والملكيّة وإن كانت في الأوّل تكون للمحرّر وفي الثاني تكون للمالك.

ج ٣٠ / ٢٧٠

فلا ريب في أنّ المتّجه في مفروض البحث: كون المهر ملكاً للسيّد الأوّل كما اقتضاه العقد أوّلاً، بل لا يبعد ذلك في العقد الموجب لمهر المثل أيضاً، بخلاف ما يوجبه الدخول فيه لفساد العقد فإنّه للثاني؛ لكون الموجب له قد وقع في ملكه دون الأوّل.

وبالجملة: كلّ ما كان من مقتضى العقد فهو للأوّل مع فرض عدم الفسخ، وكلّ ما يوجبه الدخول فهو للثاني لما سمعت، على أنّه لا إجازة هنا حقيقةً بناءً على ما ذكروه من الخيار، بل أقصاه عدم فسخ، والعقد

---

(١) نقل الاتّفاق في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣٠٢.

(٢) كما في جامع المقاصد: (انظر الهامش قبل السابق)، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٥٩.

تامّ في الاقتضاء.

نعم، لو قلنا: إنّ البيع بحكم الفسخ، وإنّ استدامة العقد كالعقد فضولاً على المالك الجديد فأجازه، اتّجه حينئذٍ ملكه للمهر دون السيّد الأوّل؛ لكون العقد حينئذٍ على ملكه بعد انفساخ العقد بالنسبة إلى الأوّل، وسقوط استحقاقه للمهر لكونه قبل الدخول ومن قبله لا من قبل الزوج بناءً على اقتضائه ذلك، فتكون الاستدامة حينئذٍ كالعقد الجديد[1].

وبذلك يظهر لك الحال في المنقطع أيضاً، فإنّه كالدائم بالنسبة إلى ذلك، كما هو واضح.

﴿ولو باعها بعد الدخول﴾ الموجب لاستقرار المهر ﴿كان المهر للأوّل، سواء أجاز الثاني أو فسخ؛ لاستقراره﴾ وهي ﴿في ملك الأوّل﴾ ودعوى: أنّ بيعه لها متلف للبضع على الزوج أو معرّض للتلف فيضمن له مهر المثل، واضحة الفساد بعد أن عرفت فيما تقدّم أنّ البضع ليس من الأموال التي تضمن بأمثال ذلك ممّا هو جائز شرعاً إيقاعه.

نعم، ربّما أشكل بعض الناس[2] ذلك في المنقطع: بأنّ الفسخ فيه وإن كان بعد الدخول يقتضي توزيع المهر على المدّة، فلا يتوجّه استحقاق السيّد المهر أجمع فيه.

وقد يدفع: باحتمال إرادة الأصحاب خصوص الدائم هنا،

---

(١) فهو حينئذٍ شبه إجارة الموقوف مدّة قد انتقل الموقوف في أثنائها إلى البطن الآخر فأجاز الإجارة. فإنّ الأجرة حينئذٍ فيما قابل المدّة الباقية تكون لهم لا للمؤجر الأوّل (منه ﷺ).

(٢) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤١٣.

وبإمكان منع اقتضاء ذلك في المنقطع أيضاً ، بل المهر فيه كـالمهر فـي الدائم ، وإنّما شابه الإجارة في خصوص تخلّف المرأة فـي المـدّة مـع استحقاقها عليها ، والمقام ليس من ذلك قطعاً كما تكرّر ذلك منّا غـير مرّة ، فتأمّل ، والله العالم .

ج ٣٠ / ٢٧١

وكيف كان ، فالتحقيق في أصل المسألة مـا سـمعته ﴿و﴾ إن كـان ﴿فيها أقوال مختلفة، و﴾ لكنّ ﴿المحصَّل﴾ للمحصِّل ﴿ما ذكرناه﴾ :

منها : ما في النهاية : «إذا زوّج الرجل أمته من غيره وسمّى لها مهراً معيّناً ، وقدّم الرجل من جملة المهر شيئاً معيّناً ، ثمّ باع الرجل الجارية ، لم يكن له المـطالبة بـباقي المـهر ولا لمـن يشـتريها ، إلّا أن يـرضى بالعقد»[1] . ونحوه عن ابن البرّاج[2] .

وهو ـ مع عدم صراحته في المخالفة ـ لا يوافق شيئاً من الأدلّة حتّى خبر أبي بصير الفاقد شرائط الحجّيّة عن أحدهما عليهما السلام : «في رجل زوّج مملوكته من رجل على أربعمائة درهم ، فعجّل له مائتي درهم ثمّ أخّر عنه مائتي درهم ، فدخل بها زوجها ، ثمّ إنّ سيّدها باعها بعدُ من رجل ، لمن يكون المائتان المؤخّرة عنه؟ فقال : إن لم يكن أوفاها بقيّة المـهر حتّى باعها فلا شيء عليه له ولا لغيره . . .»[3] .

---

(١) النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٤٠٠ ـ ٤٠١.

(٢) المهذّب: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٢٥٠.

(٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكـام المـماليك ح ٤٥٦٩ ج ٣ ص ٤٥٣، وسـائل الشيعة: باب ٨٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ (مع ذيله) ج ٢١ ص ٢٠٢.

الذي حمله في المختلف على إرادة «الخلوة من الدخول لا الإيلاج، وقوله عليه السلام: (إن لم يكن ...) إلى آخره، معناه: إن لم يكن فعل الدخول ـ الذي باعتباره يجب أن يوفّيها المهر ـ ثمّ باعها لم يكن له شيء للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول، ولا لغيره إذا لم يجز العقد»[١].

ومنها: ما في محكيّ المبسوط المضطرب؛ فإنّه تارةً حكم: بأنّ البائع إن قبض المهر لم يكن للمشتري شيء؛ لأنّه لا يكون مهران في عقد، وإن لم يقبض استحقّه كملاً إن دخل بعد الشراء أو نصفاً إن لم يدخل[٢].

واُخرى: بأنّه إن دخل بعد الشراء كان نصف المهر له بالدخول والنصف الآخر للبائع بالعقد، من غير فرق بين أن يكون البائع قبضه أو لا[٣].

واُخرى: بأنّ البائع إن قبض بعض المهر لم يكن له المطالبة بالباقي، فإن أجاز المشتري طالب به[٤].

ج ٣٠ / ٢٧٢

واُخرى: بأنّ البائع إن قبض المهر استردّه الزوج من غير تفصيل[٥].

وكأنّه لحظ في بعض ما ذكره الخبر المزبور الذي قد عرفت فقده شرائط الحجّيّة، فلا محيص حينئذٍ عمّا ذكرناه، والله هو العالم.

---

(١) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٩٣.

(٢) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ١٩٨.

(٣ و ٤) المصدر السابق.

(٥) الهامش قبل السابق: ص ١٩٧.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿لو زوّج عبده بحرّة ثمّ باعه﴾ بعد الدخول استقرّ المهر على السيّد؛ لما سمعته سابقاً من كون مهر العبد على مولاه وإن فسخه المشتري.

وإن باعه ﴿قبل الدخول، قيل: كان للمشتري الفسخ﴾ أيضاً، وهو الأقوى كما عرفته فيما سبق. خلافاً لابن إدريس: فلم يثبت الخيار لمشتري العبد إذا كانت زوجته حرّة[١]، وقد عرفت ضعفه فيما سبق[٢].

﴿و﴾ حينئذٍ فإذا فسخ المشتري كان ﴿على المولى نصف المهر﴾ عند المشهور[٣]؛ إلحاقاً لمثل هذا الفسخ قبل الدخول بالطلاق، ولخبر عليّ بن حمزة[٤] ـ المنجبر ضعفه بالشهرة ـ عن الكاظم عليه السلام: «في رجل زوّج مملوكاً له امرأة حرّة على مائة درهم، ثمّ إنّه باعه قبل أن يدخل عليها؟ فقال: يعطيها سيّده من ثمن نصف ما فرض لها، إنّما هو بمنزلة دين استدانه بأمر سيّده»[٥].

---

(١) السرائر: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٥٩٨.

(٢) في ص ٤٧٠ ـ ٤٧١.

(٣) كما في كفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٨، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤١٣.

(٤) في المصدر: عليّ بن أبي حمزة.

(٥) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك ح ٤٥٧٤ ج ٣ ص ٤٥٥، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٥١ ج ٨ ص ٢١٠، وسائل الشيعة: باب ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٩٦.

ومنه يعلم : وجوب المهر كملاً عليه إذا لم يفسخ المشتري ، إلّا إذا قلنا : إنّ البيع نفسه فسخ بالنسبة إليه ، فيجب حينئذٍ النصف الآخر على السيّد الثاني مع الإجازة ، كما كان المهر كلّه له في الأمة عندهم .

﴿ومن الأصحاب﴾ وهو ابن إدريس[1] ﴿من أنكر الأمرين﴾ أي الخيار للمشتري في نكاح العبد الحرّة كما تقدّم ، وتنصيف المهر بالفسخ على تقديره أيضاً ؛ لاختصاص الدليل بالطلاق وحرمة القياس ، فالمهر كملاً واجب على السيّد .

قيل[2] : وهو متّجه على أصله من عدم العمل بمثل الخبر المزبور .

وفيه : أنّ المتّجه حينئذٍ مع قطع النظر عن الخبر سقوط المهر أصلاً ؛ لما عرفته سابقاً من مقتضى الفسخ في الخيار المشروع له ردّ كلّ عوض إلى صاحبه ، اللّهمّ إلّا أن يكون النكاح على غير قياس المعاوضات ، والله العالم .

↑ ج ٣٠ / ٢٧٣

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لو باع أمته وادّعى﴾ بعد ذلك ﴿أنّ حملها منه﴾ على وجهٍ يحتمل الصحّة ﴿وأنكر المشتري، لم يقبل قوله في إفساد البيع﴾ المخالف للأصل ، ولا يجديه إقرارها ؛ لأنّه في حقّ الغير . نعم ، إن ادّعى

---

(١) السرائر: النكاح / باب العقد على الإماء، وباب السراري ج ٢ ص ٥٩٨ و٦٤٣.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٨٧ (بتصرّف).

علمه كان له إحلافه .

﴿ويقبل في التحاق الولد﴾ عندنا كما عن الخلاف[١] والسرائر[٢]، سواء كان داخلاً في ملك المشتري بالتبعيّة أو الشرط أو غير داخل ﴿لأنّه﴾ على كلّ حال ﴿إقرار لا يتضرّر به الغير﴾ فيكون ولداً في حقّه مملوكاً للمشتري ، ولا منع في قبول أحد جزأي الدعوى دون الآخر ، فيحكم بكون الولد ولده في حقّه ، وهو وأُمّه مملوكان للمشتري .

ودعوى[٣]: إمكان الضرر على المشتري بشرائه قهراً لو مات أبوه عن غير وارث .

يدفعها : منع إجباره على ذلك ؛ لعدم ثبوت كونه ولداً في حقّ المشتري ، نعم إن باعه اختياراً جاز شراؤه من التركة وإعتاقه ، وإن انتقل إليه انعتق عليه أخذاً بإقراره ، هذا .

﴿و﴾ حينئذٍ فقول المصنّف : ﴿فيه تردّد﴾ واضح الضعف ؛ ضرورة عدم وجه يعتدّ به للتردّد بعد : عدم التضرّر على الوجه المذكور ، وعدم البأس في قبول أحد جزأي الدعوى دون الآخر ؛ لعدم التنافي في الأحكام الظاهريّة ، ونظائره في الفقه كثيرة كما هو واضح ، والله العالم .

ج ٣٠ / ٢٧٤

(١) الخلاف: العدّة / مسألة ٥١ ج ٥ ص ٨٧.
(٢) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٦.
(٣) كما في قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦١.

﴿وأمّا الطلاق﴾

﴿فإذا تزوّج العبد بإذن مولاه﴾ ابتداءً أو استدامةً ﴿حرّةً أو أمةً لغيره، لم يكن له إجباره على الطلاق ولا منعه﴾ على المشهور بين الأصحاب[١]؛ لـ:

النبوي: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٢].

وخبر ليث المرادي: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كان أمتك فلا، إنّ الله (عزّ وجلّ) يقول: (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)[٣]، وإن كان من[٤] قوم آخرين أو حرّة جاز طلاقه»[٥].

والكناني عنه عليه السلام أيضاً: «إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد فالمولى يأخذها إذا شاء، وإذا شاء ردّها، وقال: لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد، إلّا أن يكون العبد لرجل والمرأة لرجل

---

(١) كما في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٥١، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٦٣، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٤، والحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٠.

(٢) عوالي اللآلي: الفصل التاسع من المقدّمة ح ١٣٧ ج ١ ص ٢٣٤، مستدرك الوسائل: باب ٢٥ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣ ج ١٥ ص ٣٠٦، مجمع الزوائد: ج ٤ ص ٣٣٤، الجامع الصغير: ح ٥٣٤٩ ج ٢ ص ١٤٣، كنز العمّال: ح ٢٧٧٧٠ ج ٩ ص ٦٤٠.

(٣) سورة النحل: الآية ٧٥.

(٤) في المصدر: وإن كانت أمة...

(٥) الكافي: الطلاق / باب طلاق العبد ح ٢ ج ٦ ص ١٦٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٥٤ ج ٧ ص ٣٤٨، وسائل الشيعة: باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤ ج ٢١ ص ١٨٥.

وتزوّجها بإذن مولاه وإذن مولاها ، فإن طلّق وهو بهذه المنزلة فإنّ طلاقه جائز»[١].

وخبر عبد الله بن سنان عنه عليه السلام أيضاً : «سألته عن رجل تزوّج غلامه جارية حرّة؟ فقال : الطلاق بيده ، فإن تزوّجها بغير إذن مولاه فالطلاق بيد المولى»[٢].

وخبر أبي بصير : «سألت أبا جعفر عليه السلام[٣] : عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوّج الحرّة أو أمة قوم ، الطلاق إلى السيّد أو إلى العبد؟ قال : الطلاق إلى العبد»[٤].

وخبر عليّ بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام : «سألته عن رجل يتزوّج غلامه جارية حرّة؟ فقال : الطلاق بيد الغلام ...»[٥].

↑ ج ٣٠ / ٢٧٥

وخبر محمّد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام : «طلاق العبد إذا تزوّج امرأة حرّة أو تزوّج وليدة قوم آخرين إلى العبد ، وإن تزوّج وليدة مولاه كان هو الذي يفرّق بينهما إن شاء ، وإن شاء انتزعها منه بغير طلاق»[٦].

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١، وتهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ١٦ ج ٧ ص ٣٣٨، ووسائل الشيعة: باب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١ ج ٢٢ ص ٩٨.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٤، و«الوسائل» في الهامش بعده: ح ٥ ص ٩٩.

(٣) في الوسائل: سألت أبا عبد الله عليه السلام.

(٤) الكافي: الطلاق / باب طلاق العبد ح ٣ ج ٦ ص ١٦٨، وسائل الشيعة: باب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣ ج ٢٢ ص ٩٩.

(٥) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥.

(٦) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب طلاق العبد ح ٤٨٥٩ ج ٣ ص ٥٤٠، وأورد ذيله ←

وحسن عليّ بن جعفر عن أخيه عن آبائه عن عليّ عليهم السلام : «أنّه أتاه رجل بعبده فقال : إنّ عبدي تزوّج بغير إذني؟ فقال عليّ عليه السلام لسيّده : فرّق بينهما ، فقال السيّد لعبده : يا عبد الله[1] طلّق ، فقال عليّ عليه السلام : كيف قلت له؟ فقال : قلت له : طلّق ، فقال عليّ عليه السلام للعبد : الآن فإن شئت فأمسك وإن شئت فطلّق ، فقال السيّد : يا أمير المؤمنين ، أمر كان بيدي جعلته بيد غيري؟! قال : ذلك لأنّك حيث قلت له : طلّق أقررت له بالنكاح»[2] . . . وغير ذلك .

وهي ـ مع تعاضدها ، واستفاضتها ، وفتوى المشهور بها ـ فيها الصحيح والموثّق وغيرهما ، فما في المسالك : من عدم خبر صحيح للمشهور[3] ، لا يخفى ما فيه .

نعم ، يعارضها صحيح العجلي[4] عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام : «في العبد المملوك : ليس له طلاق إلّا بإذن مولاه»[5] .

← ـ عن عبد صالح عليه السلام ـ في وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ ج ٢١ ص ١٥٠.

(١) في المصدر: يا عدوّ الله.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٦٤ ج ٧ ص ٣٥٢، وسائل الشيعة: باب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١١٨.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٦٥.

(٤) في المصدر: العجلي وبكير.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ١٥ ج ٧ ص ٣٣٨، الاستبصار: النكاح / باب ١٢٨ أنّ المملوك إذا كان... ح ٣ ج ٣ ص ٢٠٦، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٥١.

وصحيح زرارة عنهما عليهما السلام أيضاً: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا بإذن سيّده، قلت: فإن كان السيّد زوّجه، بيد مَن الطلاق؟ قال: بيد السيّد (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)[1] الشيء: الطلاق»[2].

ج ٣٠ / ٢٧٦

وصحيح البجلي عن أبي إبراهيم عليه السلام: «سألته عن الرجل يزوّج عبده أمة، ثمّ يبدو له فينتزعها منه بطيبة نفسه، أيكون ذلك طلاقاً من العبد؟ قال: نعم؛ لأنّ طلاق المولى هو طلاقها، ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مولاه»[3].

وصحيح العقرقوفي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل ـ وأنا عنده أسمع ـ عن طلاق العبد؟ قال: ليس له طلاق ولا نكاح، أما تسمع الله يقول: (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)؟! قال: لا يقدر على نكاح ولا طلاق إلّا بإذن مولاه»[4].

بل عن العماني[5] وابن الجنيد[6]: أنّ الطلاق مطلقاً إلى السيّد إن شاء

---

(١) سورة النحل: الآية ٧٥.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٥٠ ج ٧ ص ٣٤٧، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١ ج ٢٢ ص ١٠١.

(٣) تهذيب الأحكام: (الهامش السابق: ح ٥١)، الاستبصار: النكاح / باب ١٣٤ أنّ الرجل إذا زوّج... ح ٢ ج ٣ ص ٢١٤، وسائل الشيعة: باب ٦٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٨٤.

(٤) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٥٢، و«الاستبصار»: ح ٣ ص ٢١٥، و«الوسائل»: ح ٢.

(٥ و٦) نقله عنهما العلّامة في المختلف: الطلاق / في الطلاق ج ٧ ص ٣٧٨.

فرّق بينهما، بل ظاهر ثاني الشهيدين الميل إلى ذلك[١]؛ لصحّة هذه النصوص التي تقصر تلك النصوص ـ لضعف سندها ـ عن تخصيصها، وموافقتها للكتاب.

لكن فيه: أنّ تلك خاصّة وهذه عامّة، بل قد يشعر خبر العجلي منها بإرادة خصوص نكاح أمة السيّد، كما أنّ ظاهر بعض النصوص السابقة إرادة ذلك خاصّة من الأمة، فلا تكون مخالفة للكتاب حينئذٍ.

واحتمال[٢]: الجمع بين النصوص بحمل أخبار المشهور على طلاق العبد بإذن المولى.

يدفعه: ـ مع أنّه خرق للإجماع ـ تصريح بعضها بالاستقلال وعدم التوقّف على الإذن، فليست هي حينئذٍ بالنسبة إلى ذلك إلّا متنافية يفزع فيها إلى الترجيح، ولا ريب في تحقّقه؛ للشهرة والتعاضد والأخصّيّة... وغير ذلك.

واحتمال[٣]: العكس بموافقة التقيّة التي تظهر من خبر العيّاشي بسنده عن جعفر بن محمّد عليهما السلام[٤] قال: «كان عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول: (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء)[٥] ويقول: العبد

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٦٤ ـ ٦٥.

(٢) كما في كفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٩.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٤.

(٤) في المصدر بعدها إضافة: عن أبيه عليه السلام.

(٥) سورة النحل: الآية ٧٥.

لا طلاق له ولا نكاح، ذلك إلى سيّده، والناس يرون خلاف ذلك، إذا أذن السيّد لعبده لا يرون له أن يفرّق بينهما»[1].

يدفعه: ـ مع أنّه مخالف للمحكي عن أمير المؤمنين عليه السلام فيما سمعته من خبر عليّ بن جعفر ـ أنّ الموجود فيما حضرني من كتب العامّة[2] إطلاق كون الطلاق بيد العبد، فيمكن أن يكون إنكار أمير المؤمنين عليه السلام في عموم ذلك على وجهٍ يشمل نكاح أمة السيّد، فليس هذا الخبر إلّا كغيره من الأخبار العامّة التي يجب تخصيصها بأخبار المشهور.

ج ٣٠ / ٢٧٧

بل قد يقال: إنّ هذه النصوص مطّرحة حتّى من الخصم، فإنّ الطلاق عنده إلى السيّد، لا أنّه من العبد ولكن بإذن السيّد كما هو ظاهر هذه النصوص.

ومن ذلك كلّه يعلم ضعف المحكي عن الحلبي: من أنّ للسيّد إجباره على الطلاق[3]، محتجّاً: بما دلّ من وجوب الطاعة عليه؛ ضرورة إمكان منع وجوبها عليه في ذلك وإن وجبت عليه الطاعة في غيره، كالولد.

على أنّ ذلك ليس خلافاً عند التأمّل في المسألة؛ لظهوره في كون الطلاق للعبد وبيده ولكن للسيّد إجباره عليه لوجوب امتثال العبد سيّده

---

(١) تفسير العيّاشي: سورة النحل ح ٥٤ ج ٢ ص ٢٦٦، مستدرك الوسائل: باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٥ ص ٣٦.

(٢) شرح فتح القدير: ج ٣ ص ٣٥٠، الفتاوى الهنديّة: ج ١ ص ٣٥٤.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٧.

فيما يأمره به، وهو أمر خارج عمّا نحن فيه كما هو واضح.

بل إن أراد من الإجبار أنّ للمولى الطلاق قهراً عليه ـ نحو قولهم: «له إجباره على النكاح» كما عساه يومئ إليه ما ذكره له دليلاً في المختلف[١] ـ كان راجعاً إلى القول الثاني. وربّما انقدح من ذلك وجه قوّة للأوّل، فإنّه لا فائدة في السلطنة على نكاحه قهراً مع كون الطلاق بيده.

على أنّه ربّما تعلّق غرض للمولى في بقاء نكاحه لاستنماء ونحوه.

كلّ ذلك مضافاً إلى خبر محمّد بن عليّ المتقدّم سابقاً[٢] بأنّ للمولى أن يفرّق بينهما لو زوّجه حرّة، وهو غير قابل للتخصيص بهذه الأخبار، نعم هو ضعيف محتمل لما عرفت.

وعلى كلّ حال، ففي لحوق هبة المدّة في المنقطع بالطلاق وجهان.

هذا في نكاح العبد الحرّة أو أمة الغير.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو زوّجه أمته كان عقداً صحيحاً﴾ عند المشهور بين الأصحاب[٣]، بل هو الظاهر بينهم ومن النصوص[٤] خصوصاً التي ذكر فيها الطلاق، بل لعلّه صريح صحيح ابن يقطين سأل الكاظم عليه السلام: «عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال:

↑ ج ٣٠ / ٢٧٨

---

(١) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٦٧.

(٢) في ص ٤٧١.

(٣) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٤، ورياض المسائل: النكاح / نكاح الإماء ج ١١ ص ٣٩٢.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٣ و٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٤٦ و١٤٩.

لا يحلّ له»[١].

﴿لا إباحة﴾ كما عن ابن إدريس[٢]؛ لجواز تفريق المولى بينهما ـ كما ستعرف ـ بالأمر بالاعتزال ونحوه، ولو كان عقد نكاح لم ينفسخ إلّا بالطلاق ونحوه من فواسخ النكاح.

وفيه منع واضح بعد ثبوت ذلك بالأدلّة كغيره من الفواسخ.

ولقول الباقر عليه‌السلام في صحيح ابن مسلم ـ وقد سأله عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ ـ: «يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه، ولو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك...»[٣].

وربّما كان دلالته على الأوّل أوضح؛ للفظ الإنكاح، والاجتزاء[٤] به عن ذكر القبول لظهوره، أو يقال: لا حاجة هنا إلى القبول؛ لأنّ العبد ممّن لا يملكه لجواز إجباره من المولى، فهو يتولّى طرفي العقد، و«أنكحتك فلانة» يتضمّنهما.

وفي المسالك: عدّ ذلك ـ بعد أن حكاه عن المختلف ـ قولاً ثالثاً، واستوجهه[٥] لما عرفت.

إلّا أنّه ـ كما ترى ـ ليس قولاً في المسألة؛ ضرورة كونه عقد نكاح

---

(١) تقدّم في ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٢) السرائر: النكاح / العقد على الإماء ج ٢ ص ٦٠٠.

(٣) تقدّم في ص ٤٠٥.

(٤) في بعض النسخ: والإجزاء.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٦٩.

عند القائل به إلّا أنّه اكتفى بالقبول الضمني، وهو غير ما نحن فيه.

على أنّه قد يناقش: بعدم التلازم بين تولّيه طرفي العقد وبين الاكتفاء في الإيجاب عن القبول، فإنّ باقي الأولياء وإن جاز لهم تولّي طرفي العقد لكن لابدّ من ذكر صورة العقد.

اللّهمّ إلّا أن يفرّق: بكونه هنا مالكاً، لا أنّه قائم مقام المولّى عليه.

وفيه: أنّه مع ذلك لابدّ من ذكر صورة العقد؛ لمعلوميّة كون النكاح من العقود، كمعلوميّة عدم الاكتفاء بنحو ذلك عن القبول فيه وفي غيره من العقود اللازمة، وأوفق بالاحتياط في الخروج عن أصل عدم الانتقال وخصوصاً في الفروج، والله العالم.

ج ٣٠ / ٢٧٩

﴿و﴾ كيف ﴿كان﴾ فـ﴿الطلاق بيد المولى﴾ إجماعاً بقسميه[1]، ونصوصاً[2] مستفيضة بل متواترة.

فما في مكاتبة عليّ بن سلمي[3]: «كتبت إليه: جعلت فداك، رجل له غلام وجارية، فزوّج غلامه جاريته، ثمّ وقع عليها سيّدها، هل يجب في ذلك شيء؟ قال: لا ينبغي له أن يمسّها حتّى يطلّقها الغلام»[4] من

---

(١) ينظر جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٥٤. ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣٠٧. ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٥ ج ٢ ص ٣١٠. وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٤.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٤٣ من أبواب مقدّمات الطلاق ج ٢٢ ص ٩٨.

(٣) في المصدر: علي بن سلمان.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ في الزيادات ح ٣٥ ج ٧ ص ٤٥٧. وسائل الشيعة: باب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ١٤٧.

الشواذّ المحتملة لإسقاط «من» من النسّاخ... وغير ذلك.

كما أنّ ما في القواعد من أنّه «لو استقلّ العبد بالطلاق وقع على إشكال»[١] من الغرائب؛ ضرورة اتّفاق النصوص ﴿و﴾ الفتاوى -كما سمعت- على انحصاره في السيّد، بل قد يشكل صحّته من العبد بإذن السيّد إذا لم يكن بطريق الإقالة.

بل ﴿له أن يفرّق بينهما بغير لفظ الطلاق؛ مثل أن يقول: فسخت عقدكما﴾ أو فرّقت بينكما ﴿أو يأمر﴾ هما أو ﴿أحدهما بـ﴾ الـ ﴿اعتزال﴾ عن ﴿صاحبه﴾ أو نحو ذلك، بلا خلاف أجده فيه[٢]، بل الإجماع بقسميه عليه[٣].

مضافاً إلى استفاضة النصوص أو تواترها به؛ كصحيح ابن مسلم سأل الباقر عليه السلام: «عن قول الله (عزّ وجلّ): (والمحصنات من النساء إلّا ما ملكت أيمانكم)[٤]؟ قال: هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها، ثمّ يحبسها حتّى تحيض ثمّ يمسّها...»[٥]

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦١.

(٢) قال بذلك في النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٦ - ٣٤٧، وقواعد الأحكام: (الهامش السابق)، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٥، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٥٤، وكفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٨٩.

(٣) ينظر التنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦٦، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣٠٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٥ ج ٢ ص ٣١٠.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٥) الكافي: النكاح / باب الرجل يزوّج عبده ح ٢ ج ٥ ص ٤٨١، تهذيب الأحكام: ←

وغيره[1].

فما في كشف اللثام من أنّه «يشكل على القول بكونه نكاحاً إن لم يكن عليه إجماع؛ للاحتياط وعدم نصوصيّة الأخبار»[2] واضح الضعف؛ لتحقّق الإجماع الذي به تخرج الأدلّة عن الظهور إلى الصراحة، فلا احتياط حينئذٍ. على أنّ ظاهر الدليل ـ كصريحه ـ حجّة شرعيّة لا يجوز الاجتهاد في مقابلته.

ولا استبعاد في انفساخ النكاح ـ وإن كان عقداً ـ بذلك بعد الدليل نحو الفسخ بالعيب وغيره.

بل ربّما ظهر من بعضهم[3] احتمال تحقّق فسخ هذا العقد بأمر العبد بالطلاق؛ لأولويّته من الأمر بالاعتزال في الدلالة على ذلك.

↑ ج ٣٠ / ٢٨٠

وإن كان الأقوى خلافه؛ ضرورة ظهور الأدلّة في اعتبار إنشاء الفسخ منه بلفظ دالّ عليه، وظاهر الأمر لا يقضي بذلك.

اللّهمّ إلّا أن يكون قرينة على إرادة إنشاء الفسخ به، فإنّه حينئذٍ يكون فسخاً، لا بدونها؛ ضرورة كونه حينئذٍ أمراً بإيجاد الفسخ

← النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٤٨ ج ٧ ص ٣٤٦، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٤٩.

(١) وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ و٣ ج ٢١ ص ١٤٩ ـ ١٥٠.

(٢) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٤.

(٣) كالمقداد في التنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦٧، والصيمري في غاية المرام: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١١٢ ـ ١١٣، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٥٨، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧١.

فلا يكون هو فسخاً، ولأنّه يستدعي بقاء النكاح إلى أن يوقع الطلاق وهو ينافي الانفساخ، بل مدلوله ـ الذي هو طلب امتثال الأمر بإيقاع الطلاق ـ ينافيه، بل لو دلّ على الفسخ لامتنع إنشاؤه[1] فامتنع الخطاب به.

نعم، لو قلنا: إنّ العقد إباحة، أو فرض نكاح العبد بها، أمكن حينئذٍ الاكتفاء به في انقطاع الإذن؛ باعتبار دلالته على عدم الرضا المنافي للإباحة، فيكفي حينئذٍ.

مع إمكان أن يقال على هذا التقدير أيضاً: بأنّه وإن كان إباحة إلّا أنّه مفاد عقد لا ينفسخ إلّا بإنشاء فسخه، فتنقطع حينئذٍ، ولا يكفي في رفعها مجرّد عدم الرضا من دون إنشاء فسخ يقتضيها[2].

اللّهمّ إلّا أن يدّعى كونها إباحة صرفة، كإباحة الطعام ودخول الدار... وغير ذلك ممّا يكفي فيه جميع ما يدلّ على انقطاع الإذن، فتأمّل جيّداً كي تعرف ما في جملة من كلمات بعض الناس.

وكذلك الأقوى أيضاً عدم تحقّقه بالطلاق الفاسد بسبب فقد شرط من شرائطه، خلافاً لبعضهم[3] فجعله فسخاً لا طلاقاً، وهو وإن كان لا يخلو من وجه إلّا أنّ الأحوط والأقوى خلافه؛ لأنّ المقصود الفسخ الطلاقي دون غيره ولم يحصل، والحصّة من الجنس تذهب مع الفصل،

---

(١) في كشف اللثام ـ الذي أُخذت العبارة منه ـ: امتثاله.

(٢) الأولى التعبير بـ«يقتضيه».

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٠.

فلو وقع فسخ غيره كان ما وقع غير مقصود وما قصد غير واقع.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هل يكون هذا اللفظ﴾ وهو «فسخت» وما شابهه في فسخ عقد النكاح ﴿طلاقاً؟﴾.

﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من تهذيبه[1] واستبصاره[2]: ﴿نعم﴾ فيثبت فيه حينئذٍ ما يعتبر فيه من الشرائط ويلحقه أحكامه ﴿حتّى لو كرّره مرّتين وبينهما رجعة حرمت[3] حتّى تنكح زوجاً غيره﴾.

لظهور أنّ المراد من نصوص المقام توسعة ما يحصل به الطلاق هنا وإن كان لا يقع بالكناية في غيره؛ لمعلوميّة أنّه الأصل في زوال النكاح. ↑ ج ٣٠ / ٢٨١

ولإفادته فائدته كالخلع.

ولإشعار التخيير بين لفظ الطلاق وغيره بقيام الفسخ مقامه في ذلك، وبه يفرّق بين المقام وبين غيره من محالّ الفسخ التي لا يتخيّر فيها بين الطلاق وغيره.

ولخبر ابن زياد: «سألت أبا الحسن عليه السلام: عن الرجل يزوّج عبده أمته، ثمّ يبدو للرجل في ذلك فيعزلها عن عبده ثمّ يستبرئها ويواقعها، ثمّ يردّها على عبده، ثمّ يبدو له بعدُ فيعزلها عن عبده، أيكون عزل

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ذيل ح ١٨ وما بعده ج ٧ ص ٣٣٩، وانظر مصدر «التهذيب» بعد ثلاثة هوامش مع ذيل الخبر.

(٢) الاستبصار: النكاح / باب ١٢٨ أنّ المملوك إذا كان متزوّجاً ذيل ح ٥ إلى الباب الذي بعده ج ٣ ص ٢٠٦...، وانظر مصدر «الاستبصار» في الهامش بعد اللاحق مع ذيل الخبر.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: عليه.

السيّد الجارية عن زوجها مرّتين طلاقاً لا تحلّ حتّى تنكح زوجاً غيره أم لا؟ فكتب: لا تحلّ له إلّا بنكاح»[١].

﴿وقيل[٢]: يكون فسخاً﴾ لا طلاقاً ﴿وهو أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، التي منها: أصالة عدم لحوق أحكام الطلاق له، ومعلوميّة اعتبار اللفظ المخصوص في الطلاق، وأنّه لا يقع بالكناية مطلقاً، ومشاركته له في بعض الأحكام لا يقتضي كونه طلاقاً، كالتخيير المزبور.

ودعوى: ظهور النصوص في التوسعة المزبورة على الوجه المذكور، ممنوعة على مدّعيها، وإنّما هي ظاهرة في التوسعة فيما يحصل به الفسخ وعدم انحصاره في الطلاق.

والخبر ـ مع عدم جمعه لشرائط الحجّيّة ـ مبنيّ على عدم اعتبار تخلّل الوطء بين المرّتين في الحرمة حتّى تنكح، وفيه: ما عرفته سابقاً وتعرفه في محلّه، على أنّه لا يقتضي عموم لحوق أحكام الطلاق.

فالتحقيق حينئذٍ: جريان أحكام الطلاق على ما كان منه بلفظه وارداً على عقد النكاح الدائم جامعاً لشرائطه المعتبرة فيه، وحكم الفسخ على غيره وإن كان مورده العقد.

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٣ أحكام الطلاق ح ٢١٤ ج ٨ ص ٨٦، الاستبصار: الطلاق / باب ١٨١ أنّ حكم المملوك حكم الحرّ ح ٣ ج ٣ ص ٣١١، وسائل الشيعة: باب ٢٩ من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ج ٢٢ ص ١٦٨.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: بل.

وحينئذٍ فليس شيء من اللفظين الأخيرين وما شابههما طلاقاً؛ لعدم كونهما من ألفاظه، ولا يعدّ الفسخ بهما من الطلقتين المحرِّمتين لها إلى أن تنكح زوجاً غيره.

بل على القول بالإباحة ليس لفظ الطلاق طلاقاً فضلاً عنهما، بل هو حينئذٍ كما لو وقع على التحليل والمنقطع، ومن الغريب ما عساه يظهر من المحكي عن بعضهم[1] من كون جميع أفراد الفسخ طلاقاً حتّى لو كان النكاح إباحةً أو منقطعاً؛ إذ هو كما ترى.

ج ٣٠ / ٢٨٢

﴿ولو طلّقها الزوج ثمّ باعها المالك أتمّت العدّة﴾ بلا إشكال ولا خلاف[2] ﴿و﴾ لكن ﴿هل يجب أن يستبرئها المشتري بـ﴾ الحيضة مثلاً ﴿زيادة عن العدّة؟ قيل﴾ كما عن الشيخ[3] وجماعة[4]: ﴿نعم؛ لأنّهما حكمان، وتداخلهما على خلاف الأصل، وقيل: ليس عليه استبراء[5] لأنّها مستبرأة، وهو أصحّ﴾ لأنّ الاستبراء إنّما هو لتحصيل العلم ببراءة الرحم، ولذا يسقط إن كانت

---

(١) نقل ـ في الكتب المتوفّرة بأيدينا ـ بلفظ القيل، انظر مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧١، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٥.

(٢) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٦.

وانظر ـ في القائلين بذلك ـ الهامشين الآتيين، وقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦١.

(٣) المبسوط: العدد / في اجتماع العدّتين ج ٥ ص ٢٦٩ ـ ٢٧٠.

(٤) كابن البرّاج في المهذّب: اللعان / باب العدد ج ٢ ص ٣٣٣، وابن إدريس في السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٦.

(٥) في نسخة الشرائع: استبراؤها.

حائضاً وهو يحصل بانقضاء العدّة.

هذا كلّه في نكاح الأمة بالعقد.

﴿وأمّا﴾ نكاحها بـ﴿الملك﴾

﴿فـ﴾ ـهو ﴿نوعان﴾:

[النوع] ﴿الأوّل: ملك الرقبة﴾

لا خلاف[١] ولا إشكال في أنّه ﴿يجوز أن يطأ الإنسان بملك الرقبة ما زاد على أربع من غير حصر﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، والنصوص[٣] متواترة فيه، بل العموم في الكتاب[٤] ـ السالم عن المعارض ـ كافٍ فيه.

﴿و﴾ كذا لا خلاف[٥] ولا إشكال في جواز ﴿أن يجمع في الملك بين المرأة وأُمّها﴾ بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً، مضافاً إلى النصوص[٦]؛ ضرورة عدم كون الملك نكاحاً، ولذا جاز له ملك من

---

(١) كما في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٦٠ ـ ١٦١، والحدائق الناضرة: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣٠٢.

(٢) ينظر مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٣، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٦، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢١ ـ ٤٢٢.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب المتعة ح ٦ و٨ و١١ ـ ١٣ ج ٢١ ص ١٩...

(٤) سورة النساء: الآية ٢٤ و٢٥.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣٠٤.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ج ٢٠ ص ٤٦٥.

حرم عليه وطؤها بالنسب ﴿لكن متى وطئ واحدة﴾ بأيّ وجهٍ كان ﴿حرمت[١] الأُخرى﴾ عليه ﴿عيناً﴾.

﴿و﴾ كذا له ﴿أن يجمع بينها وبين أُختها بالملك، و﴾ لكن ﴿لو وطئ واحدة﴾ به ﴿حرمت الأُخرى﴾ عليه، ولكن ﴿جمعاً﴾ أي ما دامت الأُولى مملوكة له وإن اعتزلها أو حرّمها على نفسه بنكاح ونحوه ﴿فلو أخرج الأُولى﴾ مثلاً ﴿عن ملكه حلّت له الثانية﴾ كما مرّ الكلام في ذلك كلّه مفصّلاً.

﴿و﴾ في[٢] أنّه ﴿يجوز﴾ أيضاً بلا خلاف[٣] ولا إشكال ﴿أن يملك﴾ الابن ﴿موطوءة الأب، كما﴾ أنّه ﴿يجوز للوالد[٤] ملك[٥] موطوءة ابنه، و﴾ إن كان ﴿يحرم على كلّ واحد منهما وطء من وطئها الآخر عيناً﴾ لدخولهما حينئذٍ في «ما نكح الأب» و«حلائل الأبناء» بل الإجماع عليه[٦].

ج ٣٠ / ٢٨٣

﴿ويحرم على المالك وطء مملوكته إذا زوّجها﴾ بغيره ولو عبده ﴿حتّى تحصل الفرقة وتنقضي عدّتها إن كانت ذات

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: عليه.

(٢) في بعض النسخ: من.

(٣) نقل الاتّفاق في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣١٤.

(٤) في نسخة الشرائع بدلها: للأب.

(٥) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: أن يملك.

(٦) ينظر نهاية المرام: النكاح / أسباب التحريم (المصاهرة) ج ١ ص ١٣٤، والحدائق الناضرة: النكاح / أسباب التحريم (المصاهرة) ج ٢٣ ص ٤٦٠ و٤٦١، ورياض المسائل: النكاح / أسباب التحريم (المصاهرة) ج ١١ ص ١٧٩ ـ ١٨٠.

عدّة﴾ بلا خلاف أجده فيه[١]، بل الإجماع بقسميه عليه[٢]، مضافاً إلى النصوص المعتبرة؛ كـ:

خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يجوز نكاحهنّ ولا غشيانهنّ[٣] ـ إلى أن عدّ منها: ـ أمتك ولها زوج»[٤].

ونحوه الآخر بزيادة: «وهي تحته»[٥].

وخبر مسعدة بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر ـ إلى أن قال: ـ ولا أمتك ولها زوج، ولا أمتك وهي في عدّة...»[٦] وغيرها.

﴿وليس للمولى فسخ العقد﴾ إذا لم يكن الزوج عبده ﴿إلّا أن

---

(١) ينظر الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٧.

(٢) نقل الإجماع في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٦ و٣٣٧.
وينظر إصباح الشيعة: النكاح / الفصل السادس ص ٤١٤، وقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦١، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٦١، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٤ ـ ٧٥.

(٣) في المصدر: ثمانية لا تحلّ مناكحتهم.

(٤) الكافي: النكاح / باب (بعد باب: نوادر في الرضاع) ح ١ ج ٥ ص ٤٤٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٥ من أحلّ الله نكاحه ح ٦٦ ج ٧ ص ٢٩٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب ما يحرم بالرضاع ح ٤ ج ٢٠ ص ٣٩٦.

(٥) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٢ ج ٨ ص ١٩٨، وسائل الشيعة: باب ١٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٠٦.

(٦) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك ح ٤٥٥٩ ج ٣ ص ٤٥١، وسائل الشيعة: باب ٥٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ٢٠ ص ٥١٤.

يبيعها﴾ مثلاً ﴿فيكون المشتري بالخيار[1]﴾ على ما عرفته مفصّلاً.

﴿وكذا لا يجوز له[2] النظر منها إلى ما لا يجوز لغير المالك﴾ إذ هي حينئذٍ كالأجنبيّة بالنسبة إليه، وملكه لها بعد أن كان الاستمتاع بها مملوكاً لغيره غير مجدٍ.

لإطلاق الحرمة في خبر مسعدة، وإطلاق الأمر[3] بغضّ البصر، وما دلّ على حرمة المحصنة وذات البعل[4]... وغير ذلك ممّا يقتصر فيه على المتيقّن وهو المملوكة نكاحاً دون غيرها ممّا ملك نكاحها وإن بقيت على الملكيّة من حيث الرقبة.

ولصحيح الحلبي[5]: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل زوّج مملوكته عبده، فتقوم عليه كما كانت عليه فتراه متكشّفاً، أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعني أن أُزوّج بعض خدمي غلامي لذلك»[6] المراد الحرمة من الكراهة به.

↑ ج ٣٠ / ٢٨٤

وصحيح عبيد عنه عليه السلام أيضاً: «عن الرجل يزوّج جاريته، هل

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: فيكون للمشتري الخيار.

(٢) ليست في نسخة المسالك.

(٣) سورة النور: الآية ٣٠.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٣ ـ ٢٤، وسائل الشيعة: انظر باب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ج ٢٠ ص ٤٤٦.

(٥) في المصدر: عبد الرحمن بن الحجّاج.

(٦) الكافي: النكاح / باب الرجل يزوّج عبده ح ٣ ج ٥ ص ٤٨٠، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٤ ج ٨ ص ١٩٩، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٤٧.

ينبغي له أن ترى عورته؟ قال: لا، وأنا أتّقي ذلك من مملوكتي إذا زوّجتها»[١].

بل في كشف اللثام[٢] نسبة ما في القواعد[٣] ـ من الحرمة عليه من كلّ جهة؛ حتّى النظر بشهوة أو إلى ما يحرم على غير المالك ـ إلى النصّ والإجماع.

لكن مع ذلك كلّه توقّف في الرياض[٤] في حرمة النظر إلى غير العورة بغير شهوة، بل ظاهره الميل إلى الحلّ؛ لأصلي الإباحة وبقاء حلّ النظر، وإشعار الخبر في قرب الاسناد: «إذا زوّج الرجل أمته فلا ينظر إلى عورتها، والعورة ما بين الركبة والسرّة»[٥] بالجواز في غيرها، قال: «والإجماع موهون قطعاً بمصير جماعة إلى العدم»[٦].

وفيه: أنّ الأصلين لا يصلحان لمعارضة ما عرفته من الإجماع المحكي وغيره، ولا إشعار في الخبر المزبور إلّا بمفهوم اللقب الذي هو غير حجّة، والإجماع لا يوهنه مخالفة بعض متأخّري المتأخّرين[٧] المختلّي الطريقة، بل لعلّ ذلك منهم ممّا يؤكّده كما لا يخفى على من

(١) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ٧ ج ٥ ص ٥٥٥، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢).

(٢) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

(٣) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦١.

(٤) رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢٣.

(٥) قرب الاسناد: ح ٣٤٥ ص ١٠٣، وسائل الشيعة: باب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٤٨.

(٦) الهامش قبل السابق: ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

(٧) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣٠٩ ـ ٣١٠.

تتبّع مظانّ ما وقع منهم من الخلاف.

فلا إشكال حينئذٍ في صيرورتها بحكم الأجنبيّة إلى انقضاء عدّتها ـ ولو بائناً ـ احتراماً للزوجيّة.

بل الظاهر أنّ الموطوءة بالتحليل كذلك كما صرّح به في جامع المقاصد[1] وغيره[2]، نعم قد يتوقّف في حرمة الاستمتاع بالمحلّل منها دون الوطء، مع أنّ الأحوط ـ إن لم يكن الأقوى ـ اجتنابها؛ لأنّه لا اشتراك في النكاح وتوابعه. كما أنّ الأحوط اجتناب المحلّلة وإن لم توطأ؛ إجراءً لعقد التحليل مجرى عقد النكاح.

والأحوط أيضاً اجتناب الاستمتاع ـ حتّى بالنظر ـ في المعتدّة عن وطء الشبهة مدّة عدّتها، وإن كان قد يقوى حلّ ما عدا الوطء منه؛ للأصل، وفحوى ما ورد في الأمة المستبرأة أيّام استبرائها من جواز الاستمتاع بها في غير الوطء.

ج ٣٠ / ٢٨٥

﴿و﴾ كيف كان، فقد عرفت فيما تقدّم أنّه ﴿لا يجوز له وطء أمة مشتركة بينه وبين غيره بالملك﴾ لأنّ لها فرجاً واحداً لا فرجين، ولا بالعقد أيضاً؛ لما عرفت من عدم التبعيض في أسباب النكاح، نعم في التحليل من الشريك البحث السابق. وكذا لا يجوز أيضاً غير الوطء من باقي الاستمتاعات.

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٦٣.

(٢) كمسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٥، والحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٢٩٩.

﴿و﴾ كذا ﴿لا يجوز للمشتري﴾ مثلاً ﴿وطء الأمة﴾ المشتراة التي يجب عليه استبراؤها ﴿إلّا بعد استبرائها﴾ أمّا غير الوطء فالظاهر جوازه فتوى ونصّاً[١].

﴿ولو كان لها﴾ أي الأمة المشتراة ﴿زوج، فأجاز﴾ المشتري ﴿نكاحه، لم يكن له بعد ذلك فسخ﴾ نكاحه؛ ضرورة صيرورته حينئذٍ كالنكاح المبتدأ بإذنه ﴿وكذا لو علم فلم يعترض﴾ لما عرفت من فوريّة الخيار.

فيحرم حينئذٍ مطلق الاستمتاع بها عليه ﴿إلّا أن تفارق الزوج وتعتدّ منه إن[٢] كانت من ذوات العدد[٣]﴾ لأنّها أمة ذات زوج ﴿و﴾ قد عرفت الكلام فيها.

نعم ﴿لو لم يجز نكاحه﴾ بل فسخه ﴿لم يكن عليها عدّة وكفاه الاستبراء﴾ بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً ﴿في جواز الوطء﴾ عند الفاضل[٤] وغيره[٥]؛ لإطلاق ما دلّ على حلّيّة الأمة المشتراة به[٦]، ولأنّ المطلوب العلم ببراءة الرحم، وهو حاصل بذلك، ولخبر الحسن

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٨٧.

(٢ و٣) في نسخة الشرائع: إذا... العدّة.

(٤) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢.

(٥) كالبحراني في الحدائق: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥، واكتفى بالاستبراء عن العدّة في معالم الدين (لابن القطّان): النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٢ ص ٤١.

(٦) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ و١٠ و١٦ ـ ١٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٨٣ و٩٥ و١٠٣....

ابن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام : «نادى منادي رسول الله صلى الله عليه وآله بيوم أوطاس : أن استبرئوا سباياكم ...»[١] ولا شكّ أنّ فيهنّ من كانت مزوّجة.

لكنّ الأقوى وجوب العدّة، وفاقاً للكركي[٢] وثاني الشهيدين[٣] والفاضل الهندي[٤] وغيرهم، بل هو المحكي عن الفاضل في القواعد في العدد[٥]؛ لأصالة الحرمة قبلها، ولأنّها هي الأصل في فسخ النكاح بطلاق أو غيره.

وأخبار الاستبراء للمشتري إنّما هي من حيث احتمال وطء السيّد؛ ولهذا يسقط لو كان البائع امرأة.

ج ٣٠ / ٢٨٦

والخبر المزبور ـ مع إمكان منع معلوميّة ذوات الأزواج فيهنّ ـ غير جامع لشرائط الحجّيّة.

نعم، يقوى أنّ الاكتفاء بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً في عزل السيّد أمته عن عبده بغير الطلاق؛ للنصوص المصرّحة بذلك التي قد مرّ بعضها[٦]، ولولاها لكان المتّجه فيه الاعتداد أيضاً، والله العالم.

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٣٩ ج ٨ ص ١٧٦، وسائل الشيعة: باب ١٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٠٤.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٦٧.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٦.

(٤) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٨.

(٥) قواعد الأحكام: الفراق / العدد ج ٣ ص ١٤٧.

(٦) في ص ٤٩٤، وانظر وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٤٩.

﴿ويجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب﴾ من أزواجهنّ وغيرهم ﴿وكذا بناتهم﴾ وغيرهنّ إجماعاً[١]؛ لأنّهم فيء للمسلمين يجوز استنقاذه بكلّ وجه، فالملك المترتّب على ذلك بالاستيلاء حقيقةً، لا به؛ ضرورة كونه بيعاً فاسداً.

﴿و﴾ كذا يجوز إجماعاً[٢] ابتياع ﴿ما يسبيه أهل الضلال منهم﴾ وللأخبار[٣]، فيترتّب عليه حينئذٍ آثار الابتياع الصحيح؛ من حلّ الوطء بالملك وغيره وأنّ الجميع للإمام أو فيه حقّ الخمس؛ للرخصة منهم عليهم السلام لشيعتهم كي تطيب مواليدهم[٤]، كما أوضحنا ذلك في كتاب الخمس[٥].

﴿تتمّة﴾

﴿تشتمل[٦] على مسألتين﴾

قد تقدّم الكلام في:

﴿الأولى﴾

منهما في كتاب البيع[٧]، وهي: ﴿كلّ من ملك أمة بوجهٍ من

---

(١) كما في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٢، ونفى الخلاف في مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٧، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢٦.

(٢) انظر «كشف اللثام» و«الرياض» في الهامش السابق.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٠ من أبواب جهاد العدو ج ١٥ ص ١٢٩.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٤ من أبواب الأنفال ج ٩ ص ٥٤٣.

(٥) في ج ١٦ ص ٥٠٦.

(٦) في نسخة الشرائع قبلها إضافة: و.

(٧) في ج ٢٥ ص ٣٨١...

وجوه التملّك[١]﴾ ولو إرثاً ﴿حرم عليه وطؤها﴾ قُبلاً، بل ودبراً على إشكال ﴿حتّى يستبرئها بحيضة﴾ مع احتمال وطء السيّد لها بل وعلمه؛ للنصّ[٢] على الاجتزاء بذلك للسيّد لو أراد بيعها مع وطئها، ولأنّ اجتزاء المشتري بذلك للاحتياط الذي يراعى فيه الاكتفاء بذلك على تقدير الوقوع.

ج ٣٠ / ٢٨٧

وبالجملة: تستبرأ بتلك مطلقاً وإن كان الموجود في النصوص[٣]: الشراء والاسترقاق، لكنّها دالّة بالفحوى ـ أو بمعونة فتوى الأصحاب، المؤيّدة: بالاحتياط والتحرّز من اختلاط الأنساب ـ على الجميع.

فما عن بعضهم[٤]: من الاقتصار على مورد النصّ لعموم «ما ملكت أيمانهم»[٥] وأصالة عدم الاشتراط وانحصار الأخبار فيما ذكر ـ بل عن ابن حمزة التصريح: باستحباب استبراء من لا تحيض وهي في سنّ من تحيض[٦] ـ في غير محلّه، خصوصاً الأخير.

وكيف كان ﴿فإن تأخّرت الحيضة، وكان في سنّها[٧] من تحيض اعتدّت بخمسة وأربعين يوماً﴾ بياضاً، وفي الاجتزاء

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسخة الشرائع ـ: التمليك.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٠٤.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب بيع الحيوان ج ١٨ ص ٢٥٧.

(٤) كابن إدريس في السرائر: المتاجر / باب ابتياع الحيوان ج ٢ ص ٣٤٦.

(٥) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٦) الوسيلة: النكاح / أحكام السراري ص ٣٠٧.

(٧) في نسخة الشرائع: وكانت في سنّ.

بالملفّق وجه، الأحوط خلافه سيّما إذا كان التلفيق من الليل، كما أنّ الأحوط اعتبار الليالي أيضاً؛ لاعتبار خمسة وأربعين ليلة في خبري منصور[١] وعبد الرحمن[٢]، بل عن المفيد: استبراؤها بثلاثة أشهر[٣]، ولكنّه متروك.

﴿و﴾ على كلّ حال، فـ ﴿يسقط ذلك﴾ أي الاستبراء ﴿إذا ملكها حائضاً إلّا مدّة حيضها﴾ المحرّم وطؤها فيه، فيكفي حينئذٍ في جوازه الطهارة من تلك الحيضة ولو لحظة، وفاقاً للمحكي عن الشيخ[٤] والأكثر[٥].

للعلم بالبراءة مع الأصل، بل الظاهر صدق استبرائها بحيضة، فلا يحتاج إلى استثناء.

ولصحيح الحلبي سأل الصادق عليه السلام: «... عن رجل اشترى جارية وهي حائض؟ قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء»[٦].

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٢٣ ج ٨ ص ١٧٢، الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٥ ج ٣ ص ٣٥٨، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ ج ٢١ ص ٨٤.

(٢) يأتي في ص ٥١٥.

(٣) المقنعة: التجارة / باب ابتياع الحيوان ص ٦٠٠.

(٤) النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٩٠.

(٥) كالكيدري في الإصباح: النكاح / الفصل السادس ص ٤١٤، والعلّامة في القواعد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢، والشهيد في اللمعة: المتاجر / الفصل الثالث ص١١٨، والفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح /مبطلات نكاح الإماء ج٧ ص٣٣٩ ـ ٣٤٠.

(٦) الكافي: النكاح / باب استبراء الأمة ح ٦ ج ٥ ص ٤٧٣، تهذيب الأحكام: الطلاق / ←

وخبر زرعة عن سماعة: «سألته عن رجل اشترى جارية وهي طامث، أيستبرئ رحمها بحيضة أُخرى، أو تكفيه هذه الحيضة؟ قال: لا، بل تكفيه هذه الحيضة...»[1].

ج ٣٠ / ٢٨٨

نعم، قيل: «لابدّ من أن يكون حيضاً ظاهراً لا من استحيضت وهي مبتدئة أو مضطربة، وخصّص حيضها بتلك الأيّام بالتخيير الوارد في النصوص»[2].

ولعلّه للاحتياط وعدم اليقين فتستصحب الحرمة. فتستبرأ حينئذٍ بخمسة وأربعين يوماً، أو بيقين الحيض متى حصل، أو بشهر لكونه بدل الحيضة في غير مستقيمة الحيض ولخبر ابن سنان الآتي[3]، أوجه.

بل ربّما احتمل[4] ذلك أيضاً في ذات التمييز، وإن كان هو واضح الضعف؛ ضرورة صراحة الروايات[5] بحيضة، بل لا يبعد الاكتفاء بالتحيّض بكلّ ما ورد به الشرع.

← باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ١٩ ج ٨ ص ١٧١، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٨٣.

(١) تهذيب الأحكام: (الهامش السابق: ح ٣٠ ص ١٧٤)، الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٩ ج ٣ ص ٣٥٩، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ٩٦.

(٢) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٠.

(٣) في ص ٥١٤.

(٤) كما في كشف اللثام: (انظر الهامش قبل السابق).

(٥) تقدّم بعضها آنفاً، وانظر وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٦، وباب ١١ منها ح ٥ ج ١٨ ص ٢٥٩ و٢٦١.

وعلى كلّ حال، فما عن ابن إدريس: من اعتبار القرأين في المشتراة حائضاً[١] ـ بمعنى: اعتبار حيضة أُخرى للأمر بالاستبراء بها، والأُولى حيضة قد مضى بعضها قبل الشروع في الاستبراء، ولخبر سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام من الاستبراء قبل البيع بحيضتين[٢] المحمول على ذلك ـ كما ترى بعد ما عرفت، وجواز حمل الخبر على الاستحباب أو على من وطئت حائضاً ولو لشبهة، فإنّ احتمال اعتبار حيضة مستأنفة فيه لا يخلو من قوّة وإن لم أجد تصريحاً به.

﴿وكذا﴾ يسقط ﴿إن كانت لعدل وأخبر باستبرائها﴾ للعلم الشرعي حينئذٍ بالبراءة، والأصل، والعموم، والأخبار[٣] وهي كثيرة ذكرناها في كتاب البيع[٤]، لكنّها مقيّدة بالثقة أو الأمن، إلّا أنّ المصنّف والفاضل[٥] وغيرهما[٦] خصّاها بالعدل للاحتياط، ولأنّه الثقة المأمون شرعاً.

↑ ج ٣٠ / ٢٨٩

ويمكن الاكتفاء بحصول العلم العادي بإخباره وإن لم يكن ثقة، بل عن ابن إدريس: وجوبه وإن كان المخبر عدلاً[٧]، كما عن

---

(١) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٥.

(٢) وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٩٥.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٨٩.

(٤) في ج ٢٥ ص ٣٩٨...

(٥) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢.

(٦) كالمفيد في المقنعة: التجارة / باب ابتياع الحيوان ص ٦٠٠ ـ ٦٠١، والشيخ في النهاية: المتاجر / باب ابتياع الحيوان ج ٢ ص ١٩٤.

(٧) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٤.

الشيخ: الاحتياط به[١]، فيجب حينئذٍ الاستبراء مع عدمه حتّى لو كان المخبر عدلاً.

ولعلّه لعموم الأمر به المخصّص بما عرفت، وخصوص خبر عبد الله ابن سنان سأل الصادق عليه السلام: «أشتري الجارية من الرجل المأمون، فيخبرني أنّه لم يمسّها منذ طمثت عنده وطهرت؟ قال: ليس بجائز أن تأتيها حتّى تستبرئها بحيضة، ولكن يجوز ذلك ما دون الفرج، إنّ الذين يشترون الإماء ثمّ يأتوهنّ قبل أن يستبرئوهنّ فأُولئك الزناة بأموالهم»[٢] وغيره[٣]؛ التي يمكن حملها على الكراهة.

﴿وكذا﴾ يسقط ﴿إن كانت[٤] لامرأة﴾ وفاقاً للمحكي[٥] عن الأكثر؛ للأصل، وعموم «ما ملكت»[٦]؛ وخصوص خبر ابن أبي عمير عن حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الأمة تكون للمرأة فتبيعها؟ قال: لا بأس بأن تطأها من غير أن تستبرئها»[٧]، ونحوه حسن رفاعة أو

---

(١) المبسوط: العدد / عدّة الإماء ج ٥ ص ٢٨٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب استبراء الإماء ح ٤٥٤٥ ج ٣ ص ٤٤٥، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب بيع الحيوان ح ٥ ج ١٨ ص ٢٦١.

(٣) وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ ج ٢١ ص ٩٠.

(٤) «إن كانت» ليست في نسخة الشرائع.

(٥) كما في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤١.

(٦) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٧) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٣٢ ج ٨ ص ١٧٤، الاستبصار: الطلاق / باب ٢١١ أنّ من اشترى من امرأة... ح ٢ ج ٣ ص ٣٦٠، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق).

صحيحه عن أبي الحسن عليه السلام[١] وغيره[٢].

خلافاً للمحكي عن الحلّي: فأوجبه أيضاً[٣]؛ للعموم المخصوص بما عرفت، نعم لا ريب في أنّه أحوط.

﴿أو يائسة﴾ لمعلوميّة براءة رحمها، قال منصور بن حازم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الجارية التي لا يخاف عليها الحمل؟ قال: ليس عليها عدّة»[٤]، ونحوه خبر عبد الرحمن[٥]، بل لا موضوع للاستبراء فيها. ومن هنا كان المتّجه عدم استثنائها.

ج ٣٠ / ٢٩٠

وخبر ابن سنان الذي سأل فيه الصادق عليه السلام: «عن الرجل يشتري الجارية لم تحض؟ قال: يعتزلها شهراً إن كانت قد يئست[٦]...»[٧] محمول على الاستحباب. بل عن الكافي[٨] والاستبصار[٩]: «إن

---

(١) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣١، و«الاستبصار»: ح ١، ووسائل الشيعة: باب ٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٩١.

(٢) وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢).

(٣) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٤.

(٤) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٢٠ ج ٨ ص ١٧١، الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٢ ج ٣ ص ٣٥٧، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ٨٣.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٢ ص ١٧٢، و«الاستبصار»: ح ٤، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٨٤.

(٦) ضبطت في متن الوسائل بـ«مسّت» وأُشير في هامشه إلى ما هنا.

(٧) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٢٥ ج ٨ ص ١٧٢، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ٨٩.

(٨) الكافي: النكاح / باب استبراء الأمة ح ٧ ج ٥ ص ٤٧٣.

(٩) الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٨ ج ٣ ص ٣٥٨.

كانت قد مسّت» ، فيكون الأمر بالشهر حينئذٍ بناءً على أغلبيّة حصول الحيضة به .

وكذا يحمل على الندب في خبر عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام : «في الرجل يشتري الجارية ولم تحض أو قعدت عن المحيض ، كم عدّتها؟ قال : خمسة وأربعون ليلة»[1] .

وفي معناها : الصغيرة التي هي دون تسع سنين ، ولم يذكرها معها هنا ، وذكرها في كتاب البيع[2] ، ولعلّه لحرمة وطئها .

وأمّا صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام : «في رجل ابتاع جارية ولم تطمث؟ قال : إن كانت صغيرة لا يتخوّف عليها الحبل فليس عليها عدّة وليطأها إن شاءت[3] ، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإنّ عليها العدّة . . .»[4] ففي كشف اللثام : «الظاهر أنّ المراد بالصغر : القصور عن السنّ المعتاد للحيض في أمثالها ، لا عدم البلوغ تسعاً ، وكذا المراد بالبلوغ بلوغها السنّ المعتاد»[5] .

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٢٤ ج ٨ ص ١٧٢، الاستبصار: (الهامش السابق: ح ٦)، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦ ج ٢١ ص ٨٤ .

(٢) شرائع الإسلام: التجارة / بيع الحيوان ج ٢ ص ٥٩.

(٣) في المصدر: إن شاء.

(٤) الكافي: النكاح / باب استبراء الأمة ح ٦ ج ٥ ص ٤٧٣، تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ١٩ ج ٨ ص ١٧١، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ٨٣.

(٥) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٣٩.

قلت: وحينئذٍ يستفاد منه سقوط الاستبراء عمّن بلغت التسع لكن لم تبلغ أوان الحمل كما هو المعتاد في بنت العشر وما قاربها، وربّما يشهد له صحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: «في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل؟ قال: ليس عليها عدّة، يقع عليها»[١]، بل مال إليه في المسالك[٢].

لكنّه لا يخلو من إشكال: من إطلاق الأصحاب الاستبراء مع بلوغها سنّ الحيض وإن لم تحض، ومن المعلوم إرادة التسع منه فإنّه زمان إمكان الحيض، فيمكن حمل هذه النصوص على إرادة سقوط الاستبراء عن الصغيرة وأنّ له الوقوع عليها بدونه إذا بلغت، والله العالم. ↑ ج٣٠ / ٢٩١

﴿أو﴾ كانت ﴿حاملاً﴾ فإنّه لا استبراء هنا قطعاً؛ ضرورة معلوميّة كونها حاملاً.

إنّما الكلام: في جواز وطئها مطلقاً، وعدمه مطلقاً، والتفصيل بالأربعة أشهر وعشرة أيّام فيحرم قبل مضيّها للحمل ويحلّ بعده ﴿على كراهيّة﴾ أقوال، أقواها الأخير كما عرفته مفصّلاً في كتاب البيع[٣]، بل هو خيرة المصنّف هناك أيضاً وإن اختار هنا الجواز مطلقاً على كراهيّة.

وعلى كلّ حال، فليس هذا من الاستبراء في شيء.

---

(١) الاستبصار: الطلاق / باب ٢٠٩ من اشترى جارية لم تبلغ ح ٣ ج ٣ ص ٣٥٧، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٢١، و«الوسائل»: ح ٣.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٨٣ ـ ٨٤.

(٣) في ج ٢٥ ص ٤١٥.

وفي جامع المقاصد أنّه «إن كان الحمل من وطء محترم فلا يجوز وطؤها إلّا بعد الوضع، وإن كان من زنا فلا يجوز قبل الأربعة أشهر وعشرة أيّام[١] ويجوز بعدها»[٢].

بل عن غيره[٣] الجمع بين النصوص: بحمل ما دلّ[٤] على الحرمة إلى الوضع على الحمل من وطء محترم، وما دلّ[٥] على الجواز مطلقاً على الحمل من زنا، وقد تقدّم في كتاب البيع[٦] تفصيل ذلك كلّه، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

ويسقط الاستبراء أيضاً بإعتاقها بعد ابتياعها، وهي:

المسألة ﴿الثانية﴾

التي أشار إليها المصنّف بقوله: ﴿إذا ملك أمة فأعتقها كان له العقد عليها ووطؤها من غير استبراء﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعض الفضلاء[٧]، بل في المسالك: دعوى الوفاق عليه[٨].

للأصل.

---

(١) ليست في بعض النسخ.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٧٢.

(٣) كالعلّامة في المختلف: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٨١.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٩١.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٩٤.

(٦) في ج ٢٥ ص ٤١٧ ـ ٤١٨.

(٧) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢٧.

(٨) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٨٧.

وخروجها عن الأمة التي حكمها الاستبراء.

وللأخبار؛ كصحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية ثمّ يعتقها ويتزوّجها، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها؟ قال: يستبرئ بحيضة، قال: قلت: فإن وقع عليها؟ قال: لا بأس»[١]، ونحوه خبر عبيد[٢] وأبي العبّاس[٣] عن الصادق عليه السلام[٤].

ج ٣٠ / ٢٩٢

وكفى بذلك كلّه مخرجاً عن عموم العلّة ـ المقتضي لعدم سقوط الاستبراء ـ لو سلّم دلالة النصوص عليها على وجهٍ تخرج به عن كونها مستنبطة.

﴿و﴾ لكن كما دلّ الصحيح على سقوطه دلّ على أنّ ﴿الاستبراء أفضل﴾ بل لعلّه كذلك في كلّ مقام أسقطناه مع احتمال الوطء المحترم ـ ولو من غير السيّد ـ تحفّظاً من اختلاط الأنساب.

نعم، لا يبعد تقييد السقوط هنا بما إذا جهل الوطء المحترم كما في القواعد[٥] وكشف اللثام[٦] وغيرهما[٧]، لا ما إذا علمه ـ وإن أطلق الأكثر

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٣٦ ج ٨ ص ١٧٥. الاستبصار: الطلاق / باب ٢١٢ من اشترى جارية فأعتقها ح ١ ج ٣ ص ٣٦١. وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٠٣.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٧، و«الاستبصار»: ح ٢، و«الوسائل»: ح ٢.

(٣) انظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣٨، و«الاستبصار»: ح ٣، و«الوسائل»: ح ٣.

(٤) روى الأخير في الاستبصار عن أبي الحسن عليه السلام.

(٥) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢.

(٦) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٢.

(٧) كجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٧٣ ـ ١٧٤.

كالنصوص ـ لعموم ما دلّ على الاستبراء والاعتداد منه، فيستبرئ بحيضة من وطء السيّد، وتعتدّ إن كانت ذات زوج فسخ نكاحه على الأصحّ[١]، وما في جامع المقاصد: أنّها تستبرأ بحيضة منه أيضاً[٢] واضح الضعف، بل منافٍ لما اختاره سابقاً.

وعلى كلّ حال، لابدّ من تقييد النصّ والفتوى بذلك، بخلاف ما لو جهل، فإنّ الأصل يقتضي عدم الوطء الموجب للاستبراء، السالم عن معارضة نصوصه[٣] المختصّة بالأمة دون المعتقة، ودعوى الاشتراك في العلّة يدفعها: أنّها مستنبطة لا منصوصة.

مع أنّ الاحتياط لا ينبغي تركه فيه أيضاً؛ للاستصحاب، ولقوّة احتمال استفادة الشركة في العلّة من النصوص، خصوصاً بعد أن لم يقتصروا على ما فيها من الشراء.

هذا كلّه لو تزوّجها، أمّا غيره فلابدّ له من التربّص ثلاثة أشهر؛ لصحيح زرارة: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أعتق سرّيّة، أله أن يتزوّجها بغير عدّة؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا، حتّى تعتدّ ثلاثة أشهر»[٤]. ونحوه الصحيح الآخر عنه عليه السلام[٥] أيضاً.

↑ ج ٣٠ ٢٩٣

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ٨٣.

(٢) الهامش قبل السابق: ص ١٧٥.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ١٠ من أبواب بيع الحيوان ج ١٨ ص ٢٥٧.

(٤) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٧ لحوق الأولاد بالآباء ح ٣٥ ج ٨ ص ١٧٥، وسائل الشيعة: (انظر ذيل المصدر في الهامش اللاحق).

(٥) الكافي: النكاح / باب الرجل يعتق جاريته ح ٤ ج ٥ ص ٤٧٦، تهذيب الأحكام: ←

لكنّ ظاهر المصنّف تقييد ذلك بما إذا علم وطء المعتق، حيث قال: ﴿ولو كان وطئها وأعتقها لم يكن لغيره العقد عليها إلّا بعد العدّة، وهي ثلاثة أشهر إن لم تسبق الأطهار﴾ وإلّا كانت هي العدّة ضرورة كون العدّة هنا عدّة الطلاق، ونحوه غيره[1].

وهو حسن؛ لعدم المقتضي للعدّة مع العلم بعدم الوطء - بل ومع الجهل - بل وللاستبراء أيضاً، فيجب تنزيل إطلاق الصحيحين على ذلك، بل الظاهر عدم انصرافه إلى غيره. فما وقع من بعض الأفاضل[2]: من الحكم بالعدّة مع الجهل تارةً والاستبراء[3] أُخرى، في غير محلّه قطعاً.

نعم، قد يشكل الحكم هنا بالعدّة للغير ثلاثة أشهر مع الاكتفاء - بنكاح السيّد لها بعد العتق - بالاستبراء بحيضة في صورة العلم بوطء السيّد البائع لها، قال في جامع المقاصد: «واعلم: أنّه لو علم أنّ الأمة المبتاعة موطوءة وطءً محترماً من نحو زوج فسخ نكاحه، أو من المولى فأعتقها، لم يجز له أن يتزوّجها إلّا بعد الاستبراء، وتكفي الحيضة؛ لأنّ في رواية محمّد بن مسلم استحباب الاستبراء بحيضة مع

← (الهامش السابق: ح ٣٤ ص ١٧٤)، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ (مع ذيله) ج ٢١ ص ٩٩ - ١٠٠.

(١) كقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٢.

(٢) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢٩.

(٣) في بعض النسخ: وبالاستبراء.

جهل الوطء، فلولا أنّ الحيضة تكفي مع العلم به لم يكن لاستحبابها معنى؛ فإنّ الغرض منها يقين براءة الرحم لاحتمال الوطء، وكان ذلك كافياً قبل العتق فكذا بعده»[١].

وفيه أوّلاً: أنّه منافٍ لما اختاره سابقاً[٢] من العدّة لذات الزوج التي فسخ نكاحها وهي أمة ـ فضلاً عن المعتقة ـ لا الاستبراء.

وثانياً: أنّه لا فرق حينئذٍ بينه وبين تزوّج الغير في مفروض المتن هنا؛ ضرورة أنّه إن كان المدار على حال حرّيّتها الموجب اعتداداً لا استبراءً ففي المقامين، وإن كان المدار على حال وطئها فهي في المقامين مملوكة حاله، فدعوى الاكتفاء بالحيضة للمشتري المعتق الذي علم وطء سيّدها لها ـ دون المقام فعدّة الطلاق للحرّة ـ لا دليل عليها.

↑ ج ٣٠ / ٢٩٤

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الموضوع في الصحيحين المزبورين «المعتق سرّيّته»، وحاصلهما: أنّه لا عدّة عليه إذا أراد تزويجها؛ لأنّ الماء ماؤه، فهو كمن عقد على حرّة في عدّتها منه، بخلاف الأجنبي فإنّ عليه العدّة لكونه وطءً محترماً، والفرض أنّها حرّة، فلا استبراء بالنسبة إليه، فإنّ المقام ليس مقامه.

بخلاف الموضوع في المسألة الأُولى ـ وهي الأمة المبتاعة الموطوءة لسيّدها ـ فإنّه كان عليه استبراؤها قبل أن يعتقها إذا أراد

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٧٥.

(٢) في ص ٥٠٧.

وطءها ، فبعد العتق لم يسقط ذلك الاستبراء ؛ لكون الوطء فيه معلوماً ، فيبقى الخطاب به بحاله .

بل لا يبعد ذلك لو أراد الغير تزوّجها ، فإنّه لا فرق بينه وبين المبتاع ـ الذي حصل العتق منه ـ بعد أن علم من الشارع يقين براءة رحمها بالحيضة ، الذي لا فرق فيه بين نكاح المعتق ونكاح غيره بالنسبة إلى ذلك .

لكنّ المتّجه على هذا التقدير جعل موضوع المسألة في الثانية : الأمة الموطوءة للسيّد فأعتقها ، فإنّه إذا أراد هو نكاحها لا عدّة عليه ، بخلاف الغير كما هو مضمون الصحيحين ، وموضوع الأُولى : الأمة المشتراة التي علم وطء سيّدها لها فأعتقها ثمّ أراد هو أو غيره نكاحها ، فيجزئهما الاستبراء بحيضة لما عرفت .

ولكن مع ذلك فالمسألة بعدُ لا تخلو من إشكال ، وطريق الاحتياط فيها غير خفيّ .

كما أنّ ما في المسالك ـ عن بعضهم[١] بعد أن ذكر سقوط الاستبراء بالإعتاق لو أراد المعتق نكاحها مع احتمال الوطء ، وإلحاق بعضهم تزويج المولى للأمة المبتاعة بالعتق في سقوط الاستبراء ، لأنّه لا يجب على الزوج استبراؤها ما لم يعلم سبق وطء محترم في ذلك الطهر ، وذلك لأنّ الاستبراء تابع لانتقال الملك ، وهو منتفٍ هنا ـ قال تبعاً

(١) لم ينسبه إلى البعض.

لما احتمله في جامع المقاصد[١]: «وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضاً؛ بأن يزوّجها من غيره ثمّ يطلّقها الزوج قبل الدخول، فيسقط الاستبراء بالتزويج والعدّة بالطلاق قبل المسيس، وإن وجد ما يظنّ كونه علّة الاستبراء، وهو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق، فإنّ العلّة مستنبطة لا منصوصة، ومثله الحيلة على إسقاطه ببيعها من امرأة ونحو ذلك»[٢].

↑ ج ٣٠ / ٢٩٥

و[٣]فيه: إمكان الفرق بين الحيلتين بسقوط موجب الاستبراء في الثاني؛ لأنّ الشراء قد انقطع بالبيع من الامرأة مثلاً، بخلاف التزويج فإنّه لم يسقط مقتضي الاشتراء بالنسبة إليه؛ ضرورة كونها أمة مشتراة له محتملة الوطء، أقصى ما هناك سقوط الاستبراء بالنسبة للزوج لعدم كونه مشترياً، لا أنّه بتزويجه يسقط عن المشتري الذي أراد وطءها بذلك الشراء بعد الطلاق قبل الدخول، وانتفاء العدّة لغير المدخول بها من حيث عقد الزوج، وهو غير احتمال وطء السيّد الذي لم يحصل للمشتري ما يسقط خطاب الاستبراء بالنسبة إليه لو أراد الوطء بذلك الشراء، فلا ريب حينئذٍ في وضوح الفرق بينهما.

على أنّ الحكم في البيع من الامرأة ونحوها لا يخلو من إشكال؛ باعتبار إمكان دعوى ظهور النصوص أو بعضها في العلّة المخرِج لها عن

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٧٦.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٨٧.

(٣) الأولى حذفها كي يكون ما بعدها خبراً لـ «أنّ» في الصفحة السابقة س ١٤.

كونها مستنبطة ، وباعتبار إمكان دعوى كون التعارض في الأدلّة حينئذٍ من وجه ، والترجيح للاستبراء بالاستصحاب وظهور العلّة والاحتياط في الفروج ... وغير ذلك .

النوع «الثاني» من نوعي الملك
«ملك المنفعة»

أي الانتفاع ، فيمكن أن يجامع كونه عقداً ، أو أنّه مبنيّ على كون التحليل ملك يمين للمنفعة ، كما ستعرف تحقيق الحال فيه .

«و» كيف كان ، فـ«النظر في: الصيغة والحكم» بعد القطع بجوازه عندنا للإجماع بقسميه[١] عليه وتواتر النصوص[٢] به ، فما في محكيّ الخلاف[٣] والسرائر[٤] : من إرسال قول عن بعض أصحابنا بالمنع منه ـ بل في كشف اللثام : أنّه معطى كلام الانتصار[٥] ـ مسبوق بالإجماع وملحوق به ؛ ضرورة معلوميّة جوازه في مذهبنا عند المخالف فضلاً عن

---

(١) ينظر المهذّب البارع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ٣٥٢، وكشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٣، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٣٠.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢٥.

(٣) ذكره في المبسوط: النكاح / نكاح المتعة ج ٤ ص ٢٤٦، كما أنّه هو المنقول عنه في الكتب المعدّة للنقل.

(٤) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٢٧.

(٥) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٣.

المؤالف كالمنقطع .

ومضمر ابن يقطين : «سألته عن الرجل يحلّ فرج جاريته؟ قال : لا أُحبّ ذلك»[(١)].

وخبر عمّار عن أبي عبد الله عليه‌السلام : «في المرأة تقول لزوجها : جاريتي لك؟ قال : لا يحلّ له فرجها إلاّ أن تبيعه أو تهب له»[(٢)].

وخبر أبي هلال عن أبي عبد الله عليه‌السلام : «سألته عن الرجل هل يحلّ له جارية امرأته؟ قال : لا حتّى تهبها له ، إنّ عليّاً عليه‌السلام قد قضى في هذا ، إنّ امرأة أتت تستعدي على زوجها قالت : إنّه قد وقع على جاريتي فأحبلها ، فقال الرجل : إنّها وهبتها لي ، فقال عليّ عليه‌السلام : ائتني ببيّنة وإلاّ رجمتك ، فلمّا رأت المرأة أنّه رجم ليس دونه شيء أقرّت أنّها وهبتها له ، فجلدها حدّاً وأمضى ذلك له»[(٣)].

من[(٤)] الشاذّ الذي قد أُمرنا[(٥)] بالإعراض عنه .

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١١ ج ٧ ص ٢٤٣، الاستبصار: النكاح / باب ٨٩ أنّه يجوز أن يحلّ الرجل ح ٨ ج ٣ ص ١٣٧، وسائل الشيعة: باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٢٦.

(٢) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ١٣، و«الاستبصار»: ح ١٠، ووسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥ ج ٢١ ص ١٢٩.

(٣) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ في الزيادات ح ٦٥ ج ٧ ص ٤٦٣، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦ ج ٢١ ص ١٢٩.

(٤) خبر قوله: «ومضمر» في س ٢ من هذه الصفحة.

(٥) وسائل الشيعة: باب ٩ من أبواب صفات القاضي ح ١ ج ٢٧ ص ١٠٦.

مع أنّه لا ظهور في الأوّل بالمنع ، بل من المعلوم كون الوجه في ذلك أنّه لا يراه مخالفونا ، بل ممّا يشنّعون به علينا ، فالتنزّه عنه أولى .

بل عن الشيخ : أنّ ذلك ما لم يشترط حرّيّة الولد وإلّا زالت الكراهة[١] ، كما عساه يومئ إليه خبر إسحاق : «سألت أبا إبراهيم عليه السلام : عن المرأة تحلّ فرج جاريتها لزوجها؟ فقال : إنّي أكره هذا ، كيف يصنع إن هي حملت؟! قلت : تقول : إن هي حملت منك فهي لك ، قال : لا بأس بذلك ، قلت : فالرجل يصنع هذا بأخيه؟ قال : لا بأس بذلك»[٢] .

بل والثالث المسؤول فيه عن جارية المرأة من حيث كونها جارية امرأة ، والحصر في الهبة ـ مع معلوميّة الجواز في العقد والتمليك بغير الهبة ـ ليس على حقيقته ، بل يمكن إرادة ما يشمل التحليل من الهبة أو خصوصه ، بل لعلّ الخبر الثاني ظاهر في ذلك .

ومنه ينقدح حينئذٍ قوّة كون التحليل ملك يمين بهذا المعنى ، بل وقوّة جواز كون صيغته بلفظ الهبة .

ومنه يعلم ضعف الاستدلال[٣] بمفهوم قوله تعالى : «إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنّهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك

ج ٣٠ / ٢٩٧

---

(١) تهذيب الأحكام: (انظر الهامش اللاحق: ذيل ح ١١)، الاستبصار: (انظر الهامش اللاحق: ذيل ح ٨).

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٢ ج ٧ ص ٢٤٣، الاستبصار: النكاح / باب ٨٩ أنّه يجوز أن يحلّ الرجل ح ٩ ج ٣ ص ١٣٧، وسائل الشيعة: باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨ ج ٢١ ص ١٢٧.

(٣) استدلّ لهم به في مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٧٠.

فأُولئك هم العادون»[١] لتقريب: عدم كونه تزويجاً دائماً ولا منقطعاً؛ لعدم اعتبار المهر فيه ولا المدّة ولا النفقة ولا يقع به طلاق... ولا غير ذلك من لوازم الدائم والمنقطع، وعدم كونه ملك يمين؛ لأنّ الفرض ملك الرقبة لغيره.

مضافاً: إلى أنّ أقصاه العموم المخصّص بالإجماع بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر كالنصوص[٢].

وإلى إمكان دعوى كونه تزويجاً بعد فرض ثبوت مشروعيّته، وأنّه فرد ثالث، وانتفاء لوازم الدوام والانقطاع لا يقضي بانتفاء كونه تزويجاً؛ وإلّا لاقتضى انتفاء لوازم الدوام عدم كون المنقطع تزويجاً وبالعكس، فإنّه لا دليل على انحصار النكاح فيهما.

وإلى إمكان دعوى[٣] كونه ملك يمين؛ بمعنى: كون المراد بالآية عدم جواز وطء غير الزوجة والمملوكة ولو للغير بالتحليل، فالضمير حينئذٍ في «أيمانهم» للجنس، لا أنّ المراد اعتبار الملك للشخص في جواز وطء المملوكة.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال من هذه الجهة، إنّما الكلام في الصيغة وغير ذلك من الحكم:

---

(١) سورة المؤمنون: الآية ٦ و٧.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢٥.

(٣) ليست في بعض النسخ.

﴿أمّا الصيغة﴾

﴿فـ﴾ لا خلاف[١] في اعتبارها فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه[٢] ، فلا يكفي التراضي مطلقاً ، وخبر هشام بن سالم قال : «أخبرني محمّد ابن مضارب قال : قال أبو عبد الله عليه‌السلام : يا محمّد ، خذ هذه الجارية إليك تخدمك وتصيب منها ، فإذا خرجت فردّها إلينا»[٣] ليس نصّاً بل ولا ظاهراً في الاكتفاء بهذا اللفظ ، وإلّا كان واجب الطرح .

نعم ، لا خلاف في حصولها بـ﴿أن يقول: أحللت لك وطأها، أو جعلتك في حلّ من وطئها﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٤] ، مضافاً إلى معلوميّة دلالة النصّ[٥] والفتوى عليه .

---

(١) كما في جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٨٢، ونهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣١٦، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٣١.

(٢) نقل الإجماع في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٤.
وتأتي المصادر لاحقاً.

(٣) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ١٤ ج ٥ ص ٤٧٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٧ ج ٧ ص ٢٤٢، وسائل الشيعة: باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦ ج ٢١ ص ١٢٦.

(٤) ينظر التنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٧٣، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٨٢، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٨٩، وكفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٩٤، والحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣١٥.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٣١ ـ ٣٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢٥ فما بعدها.

ولكن في اعتبار الماضويّة ـ فلا يجزي المضارع والأمر المراد بهما إنشاء ذلك، ولا «أنت في حلّ من وطئها» ـ البحث السابق[١] الذي قد عرفت قوّة القول بالجواز فيه.

ج ٣٠ / ٢٩٨

بل قد عرفت هناك[٢] قوّة عدم اعتبار اللفظ المخصوص، بل يكفي كلّ ما دلّ على إنشاء ذلك على حسب القانون العربي، من غير فرق بين المجاز وغيره ممّا لم يقم إجماع ونحوه على خلافه.

بل لعلّ المقام أوسع دائرةً من ذلك، باعتبار كونه من الإباحات ومن العقود الجائزة التي صرّحوا في الاكتفاء[٣] بأيّ لفظ كان، وستسمع ما في خبر فضيل مولى راشد[٤] من التحليل بالجملة الاسميّة التي صرّح بعضهم[٥] بالمنع منها هنا، وكذا خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السلام وغيره الآتي في المسألة الثالثة[٦] من مسائل الحكم[٧].

لكنّ الاحتياط لا ينبغي تركه خصوصاً في الفروج.

﴿و﴾ لعلّه لذا ونحوه ﴿لا يستباح[٨] بلفظ العارية﴾ عند

---

(١) في ج ٣٠ ص ٢٤٠.

(٢) الهامش السابق: ص ٢٣٥.

(٣) الأولى التعبير بـ «صرّحوا فيها بالاكتفاء».

(٤) يأتي في ص ٥٤٠.

(٥) كالفاضل الهندي ـ استوجهه بناءً على كون التحليل عقداً ـ في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٤.

(٦) بل في المسألة الثانية.

(٧) في ص ٥٥٣.

(٨) في نسخة المسالك: لا تستباح.

المشهور[١]، بل هو مجمع عليه نقلاً مستفيضاً[٢]، مضافاً إلى خبر البقباق: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام ونحن عنده: عن عارية الفرج؟ فقال: حرام، ثمّ مكث قليلاً ثمّ قال: لا بأس بأن يحلّ الرجل الجارية لأخيه»[٣] المنجبر سنده ـ إن كان محتاجاً ـ بالشهرة.

ولا ينافيه خبر الحسن العطّار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن عارية الفرج؟ قال: لا بأس به...»[٤] المراد منه التحليل المسمّى عند العامّة ـ في التشنيع علينا ـ بالعارية، التي أومأ عليه السلام في الخبر السابق إلى عدم كون التحليل من العارية، بل هو قسم مستقلّ برأسه، ولذلك استدرك عليه السلام جوازه بعد الحكم بحرمة عارية الفرج كما سمعت.

إلّا أنّ الإنصاف مع ذلك كلّه: دعوى دلالة الخبر المزبور على عدم جواز عقد التحليل بلفظ العارية ـ المراد منه معنى التحليل

(١) نقلت الشهرة في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٤.
وصرّح بالحكم في النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨، وغنية النزوع: النكاح / الفصل السابع ص ٣٦٠، وقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢، والتنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٧٣.

(٢) ينظر الانتصار: مسألة ١٥٦ ص ٢٨٠، ونهج الحق: النكاح / مسألة ٢ ص ٥٢١ ـ ٥٢٢، والمختصر النافع: النكاح / نكاح الإماء ص ١٨٦.

(٣) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ١٦ ج ٥ ص ٤٧٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٥ ج ٧ ص ٢٤٤، وسائل الشيعة: باب ٣٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣١.

(٤) الاستبصار: النكاح / باب ٩١ أنّه يراعى في ذلك لفظ ح ٢ ج ٣ ص ١٤١، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢١ ص ٢٤٦، و«الوسائل»: ح ٢.

لا العارية المخصوصة ـ لا تخلو من إشكال، ولعلّه لذا حكي عن ابن إدريس جوازه[١].

وحينئذٍ فوجه الجمع بين الخبرين: عدم كون التحليل من أفراد العارية وإن جاز عقده بلفظها المراد منه التحليل الذي هو عارية بالمعنى الأعمّ، بل يمكن إرادة ذلك أيضاً من معاقد الإجماعات. كما أنّه يمكن تأييده: بإشعار تعليل الفرق بين الحرّة والأمة ـ في الصحيح المتقدّم في الأمة المشتركة ـ بـ«أنّ الحرّة لا تهب ولا تعير ولا تحلّل»[٢].

↑ ج ٣٠ / ٢٩٩

إلّا أنّك قد عرفت شدّة رجحان الاحتياط في الفروج، وخصوصاً في المقام الذي قد عرفت حكاية الإجماع عليه، وقوّة إرادة جواز إطلاق لفظ العارية عليه في خبر العطّار وإن لم يجز عقده بها، نحو إطلاق المستأجرات على المتمتّع بهنّ وإن لم يجز لفظ «آجرت» في المتعة، ولو للتجنّب عن توهّم دخول النكاح ـ الذي هو عقد مستقلّ برأسه ـ في عقد آخر، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿هل يستباح[٣]﴾ فرج الجارية ﴿بلفظ الإباحة﴾ المرادف للتحليل؟

﴿فيه خلاف﴾ بين الأصحاب، أشهره[٤] عدم الجواز، و﴿أظهره

---

(١) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٣.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٣.

(٣) في نسخة المسالك: تستباح.

(٤) نقلت الشهرة في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣١٥.

الجواز﴾ وفاقاً للفاضل[١] وجماعة ممّن تأخّر عنه[٢] ومحكيّ المبسوط[٣] والسرائر[٤].

لعموم الأخبار[٥] فإنّها تضمّنت التحليل، وهو أعمّ من أن يكون بلفظه أو مرادفه، بل وغيرهما ممّا يفيده على حسب القانون اللغوي نحو «أذنت» و«سوّغت» كما نصّ عليهما في القواعد[٦].

لكن قد عرفت أنّ الاحتياط في الفروج ممّا لا ينبغي تركه، خصوصاً بعد ما قيل[٧] هنا من أنّ الجواز بلفظ التحليل لا يستلزم الجواز بلفظ الإباحة بعد تسليم ترادفهما، والمتيقّن من النصوص العقد بلفظ التحليل، وإن كان هو كما ترى.

﴿ولو قال: وهبتك وطءها، أو سوّغتك، أو ملّكتك﴾ متجوّزاً بها بإرادة معنى التحليل منها باعتبار مشابهة مفاده لمفادها لعدم العوض فيه مع استحقاق الانتفاع به:

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢، إرشاد الأذهان: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٤، مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٧٧.

(٢) كالفاضل الهندي في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٤، والبحراني في الحدائق: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣١٦.

(٣) المبسوط: كتاب العارية ج ٣ ص ٥٧.

(٤) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٣.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢٥.

(٦) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢.

(٧) يستفاد ـ عدم التلازم بينهما حتّى مع تسليم الترادف ـ من التنقيح الرائع: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٧٣، وجامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٨٣.

ج ٣٠
٣٠٠

﴿فمن أجاز﴾ العقد بلفظ ﴿الإباحة﴾ باعتبار استفادة معنى التحليل منه الذي هو من العقود الجائزة التي لم يعتبر فيها لفظ مخصوص، بل هو شبه الإباحات المتعلّقة بالأموال ﴿يلزمه الجواز هنا﴾ لاتّحاد المدرك بعد فرض جريان استعمال هذه الألفاظ في المعنى المزبور مجرى القانون اللغوي، ولو على جهة المجازيّة التي لا بأس بها في العقد الجائز، وخصوصاً مثل هذا العقد الذي هو شبه الإباحات.

﴿ومن اقتصر على التحليل﴾ ولم يجوّز العقد بلفظ الإباحة المرادفة له اقتصاراً على المتيقّن في الفرج المطلوب فيه الاحتياط ﴿منع﴾ هنا، سيّما الهبة والتمليك؛ ضرورة أولويّتهما بذلك من لفظها، لكون الأعيان مورد الهبة، والتمليك وإن وقع عليها وعلى المنفعة لكن لا عين هنا ولا منفعة وإنّما هو إباحة انتفاع، بل كأنّ مفاد الهبة والتمليك مقابل للتحليل الظاهر في رفع المنع من المالك بالإذن، على حسب التحليل في أكل المال ونحوه.

وقد عرفت قوّة القول بالجواز، خصوصاً بعد إمكان إرادة التحليل في الخبرين السابقين[1]، بل ربّما أشعر به تعليل الفرق بين الحرّة والأمة أيضاً ـ في الصحيح المتقدّم في الأمة المشتركة ـ بـ«أنّ الحرّة لا تهب ولا تعير ولا تحلّل»[2]، لكنّ الاحتياط لا ينبغي تركه.

---

(١) في ص ٥٣٠.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٣.

﴿و﴾ كيف كان ، فـ﴿هل هو عقد﴾ نكاح ﴿أو﴾ عقد ﴿تمليك منفعة؟﴾ .

﴿فيه خلاف بين الأصحاب، منشؤه: عصمة الفرج عن الاستمتاع بغير العقد أو الملك﴾ للآية[١] ودعوى الاتّفاق على ذلك ، فبعد معلوميّة جوازه في الشرع لا يخلو من أحدهما .

﴿ولعلّ الأقرب﴾ عند المصنّف ﴿هو الأخير﴾ وفاقاً للمحكي[٢] عن الأكثر ، بل لم يعرف حكاية الخلاف[٣] فيه إلّا عن المرتضى في الانتصار ، مع أنّ كلامه المحكي عنه في المختلف[٤] ـ كما اعترف به في كشف اللثام[٥] ـ إنّما يعطي اشتراط العقد وعدم الاجتزاء بلفظ الإباحة كما لا يجتزأ بلفظ العارية ، فهو حينئذٍ خارج عمّا نحن فيه ؛ ولذا حكي خلافه في أصل مشروعيّة التحليل[٦] .

↑ ج ٣٠ / ٣٠١

وعلى كلّ حال ، فالوجه للمشهور : ـ بعد الاتّفاق على كونه أحدهما أو ملك يمين كما في كشف اللثام[٧] ـ انتفاء لوازم عقد النكاح من الطلاق

---

(١) سورة المؤمنون: الآية ٦.

(٢) كما في كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٥.

(٣) كما في السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٢٧.

(٤) مختلف الشيعة: النكاح / نكاح الإماء ج ٧ ص ٢٧٦، وانظر الانتصار: مسألة ١٥٦ ص ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٥) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٦.

(٦) كما تقدّم في ص ٥٢٤.

(٧) كشف اللثام: (الهامش قبل السابق: ص ٣٤٥).

والمهر والمدّة . . . وغير ذلك ، فتعيّن الثاني .

مضافاً إلى صحيح السرّاد[١] : «سألت أبا جعفر عليه السلام : عن قوله تعالى : (والمحصنات من النساء إلّا ما ملكت أيمانكم)[٢]؟ قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته فيقول : اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثمّ يحبسها عنه حتّى تحيض ، ثمّ يمسكها ، فإذا حاضت بعد مسّه إيّاها ردّها عليه بغير نكاح»[٣] ؛ فإنّ الظاهر إرادة التحليل ، وقد نفى عنه النكاح ، فليس هو حينئذٍ إلّا ملك يمين .

بل ربّما أشعر به أيضاً خبر أبي بصير والحضرمي :

قال في أوّلهما : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن امرأة أحلّت لابنها فرج جاريتها ، قال : هو له حلال ، قلت : أفيحلّ له ثمنها؟ قال : لا ، إنّما يحلّ له ما أحلّت له»[٤] .

وقال في ثانيهما : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّ امرأتي أحلّت لي جاريتها ، فقال : انكحها إن أردت ، قلت : أبيعها؟ قال : لا ، أُحلّ لك منها

---

(١) في المصدر: محمّد بن مسلم.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٣) الكافي: النكاح / باب الرجل يزوّج عبده ح ٢ ج ٥ ص ٤٨١. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٠ العقود على الإماء ح ٤٨ ج ٧ ص ٣٤٦، وسائل الشيعة: باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٤٩.

(٤) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ٢ ج ٥ ص ٤٦٨. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٨ ج ٧ ص ٢٤٢، وسائل الشيعة: باب ٣٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٢٨.

ما أحلّت»[١].

باعتبار أنّ ذلك منهما مقتضٍ لصيرورتها ملك يمين بذلك، ولم ينكر عليهما الإمام عليه السلام ذلك، وإنّما منعهما من البيع مومئاً إلى أنّ ذلك ملك يمين على حسب ما اُحلّ.

وصحيح الأمة بين الشريكين[٢] المصرّح فيه بجواز التحليل من أحدهما للآخر، المبني على اتّحاد السبب حينئذٍ بصيرورة الجميع ملك يمين وإن كان النصف ملك رقبة والآخر ملك منفعة، ولولا ذلك لكان من التبعيض في سبب النكاح؛ ولذا لم يجز له نكاحها بالعقد.

ج ٣٠ / ٣٠٢

هذا أقصى ما يمكن أن يقال للمشهور.

لكنّ الجميع كما ترى؛ ضرورة صراحة عقد التحليل ـ بلفظه أو الإباحة ـ في عدم الملك، ولم يقصد المملّك إلّا رفع المنع والتصريح[٣] بإنشاء الإذن في ذلك، ودعوى صيرورته ملكاً شرعاً وإن لم يقصداه واضحة الفساد.

على أنّه لا منفعة هنا صار العقد سبباً لتملّكها على نحو الإجارة، وإنّما هو انتفاع لا منفعة، وفرق واضح بينهما، وجواز الانتفاع بعقد التحليل بعيد عن صدق ملك اليمين، وإلّا لكان جميع الإباحات كذلك.

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٤، ووسائل الشيعة: باب ٣٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ ج ٢١ ص ١٣٤.

(٢) تقدّم في ص ٤٢٣.

(٣) في بعض النسخ: أو التصريح.

والحصر في الآية[١] ـ المتّفق عليه مع انتفاء لوازم العقد ـ لا يقتضي شمول الكلّي لغير فرده، بل هو فرد لكلّي آخر مباين له، وكذا نفي النكاحيّة عنه في صحيح السرّاد.

وليس في كلام الإمام عليه السلام في خبري أبي بصير والحضرمي ما يتوهّم منه كونه ملك يمين، بل ولا صحيح الأمة المشتركة، وجوازه فيها دون النكاح أعمّ من ذلك قطعاً كما هو واضح.

بل التأمّل الصادق يقتضي تنزيه كلام الأساطين عن كونه ملك يمين على وجهٍ يندرج فيه موضوعاً؛ ضرورة صراحة النصوص في عدمه، فإنّ من أفراده تحليل القبلة ونحوها.

نعم، قد يقال: إنّه بعد ثبوت مشروعيّته بالمتواتر من السنّة والإجماع، مع الاتّفاق على حصر حكم النكاح في السببين، فهل الثابت لهذا القسم من النكاح حكم العقد أو حكم ملك اليمين؟

ولا ريب أنّ الأقوى الثاني، لا لدخوله في اسمه، بل لأنّ أحكامه الثابتة له ـ من جواز وطء الأزيد من الأربع وغيره ـ على وفق الأُصول المقتضية نحو ذلك في التحليل، بخلاف الأحكام التي موضوعها «النكاح» و«التزويج» ونحوهما ممّا لا يدخل فيه التحليل موضوعاً ولا حكمه على وفق الأصل.

فالمراد حينئذٍ: ثبوت أحكام ملك اليمين له دون عقد النكاح

---

(١) سورة المؤمنون: الآية ٦.

المعلوم، وإن كان هو قسماً مستقلاً برأسه لا يدخل في موضوع أحدهما، بل لو فرض حكم من أحكام ملك اليمين المخالفة لمقتضى الأصل ـ وليس في أدلّته ما يفهم منها شمول التحليل ولو بمعونة الإجماع ـ أشكل ثبوته لوطء التحليل؛ لعدم اندراجه في موضوعه.

ج ٣٠ ٣٠٣

ولعلّ من ذلك: تحريم المملوكة على الأب بالاستمتاع بها بنظر وتقبيل ولمس... ونحو ذلك ممّا عرفته سابقاً بالنصوص الدالّة عليه[1]، فإنّ ثبوته للمحلّل لا يخلو من إشكال.

اللّهمّ إلّا أن يفهم من تلك: أنّ ذلك ونحوه نزّله الشارع منزلة الوطء في تسبيب التحريم، كما هو المفهوم من تلك النصوص التي قدّمنا، والغرض أنّ الضابط ما عرفت.

وربّما كان هذا الاستقراء تامّاً في سائر الأفراد، فلاحظ وتأمّل؛ كي تعرف الحال في تحليل المسلمة للكافر، فإنّه غير جائز للمنع منه في سائر أقسامه، وكذا تحليل المؤمنة للمخالف فإنّ فيه البحث السابق[2].

وأمّا العكس ـ وهو تحليل الكافرة للمسلم والمخالفة للمؤمن ـ فإنّه جائز على الوجه الذي قدّمناه في محلّه، الذي منه يعرف الحال في الوثنيّة والناصبيّة المعلنة بعداوة أهل البيت عليهم السلام... وغير ذلك من أقسام الكفّار الممنوع وطؤهنّ بالملك وغيره.

وعلى كلّ حال، فممّا يتفرّع على ما ذكرنا:

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ج ٢٠ ص ٤١٧.
(٢) في ص ١٦١.

عدم حرمة المحلّلة للأب قبل الوطء على الابن ؛ لعدم اندراجها في «ما نكح الأب» لا وطءً ولا عقداً، لما عرفت من عدم دخول التحليل في النكاح بمعنى العقد.

ولا محلّلة الابن من دون وطء على الأب ؛ لعدم اندراجها في «الحليلة» المراد منها : الزوجة هنا ـ ولو للانصراف ـ لا مطلق ما يحلّ وطؤها وإلّا لحرمت عليه بالملك ، فهو حينئذٍ في هذا الحكم كملك اليمين ، وكذا غيره من الأحكام.

والحرمة بالوطء ؛ لظهور الأدلّة ـ بل صراحتها ـ في تسبيبه التحريم بأيّ سبب كان ، لا لكون التحليل ملك يمين.

وهكذا الكلام في غير ذلك من الأحكام المتعلّقة بالمصاهرة وغيرها ، كالتحليل على ذات العدّة وغيرها.

بل منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنّف بقوله : ﴿وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان، إحداهما[1]: المنع﴾ وهي صحيح ابن يقطين أنّه سأل الكاظم عليه السلام : «عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال : لا تحلّ له»[2] ﴿ويؤيّدها: أنّه نوع[3] تمليك، والعبد بعيد عن التملّك﴾.

ج ٣٠ / ٣٠٤

﴿والأُخرى: الجواز إذا عيّن له الموطوءة﴾ وهي خبر فضيل

---

(١) في نسخة الشرائع: أحدهما.

(٢) تقدّم في ص ٤٠٧ ـ ٤٠٨.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: من.

مولى راشد : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لمولاي في يدي مال ، فسألته أن يحلّ لي ما أشتري من الجواري؟ فقال : إن كان يحلّ لك أن أُحلّ لك فهو حلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك ، فقال : إن أحلّ لك جارية بعينها فهي لك حلال ، وإن قال : اشتر منهنّ ما شئت فلا تطأ منهنّ شيئاً إلّا ما يأمرك ، إلّا جارية يراها فيقول : هي لك حلال ، وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك»[١].

المؤيّد : بما في صحيح السرّاد المتقدّم آنفاً القائل فيه : «ردّها بغير نكاح»[٢]، وبالنصوص المستفيضة الدالّة على جواز تسرّي العبد ما شاء من الإماء بإذن مولاه[٣]، المعلوم إرادة التوكيل في تحليل ذلك له عن مولاه ، بناءً على عدم ملكيّة العبد وعدم جواز التحليل مع عدم التعيين .

﴿ويؤيّدها﴾ أيضاً : ﴿أنّه﴾ أي التحليل ﴿نوع من الإباحة[٤] وللمملوك أهليّة الإباحة﴾ .

﴿و﴾ قد تقدّم لك ما علمت منه أنّ ﴿الأخير أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده وأصحّ ؛ ضرورة عدم كون التحليل من الملك الممنوع منه العبد ، وأدلّته شاملة للعبد وغيره ، بل استحقاق الانتفاع بالبضع

(١) تهذيب الأحكام: التجارات / باب ٢١ من الزيادات ح ٦٠ ج ٧ ص ٢٣٨، الاستبصار: النكاح / باب ٨٩ أنّه يجوز أن يحلّ الرجل ح ١٢ ج ٣ ص ١٣٨، وسائل الشيعة: باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٠.

(٢) تقدّم في ص ٥٣٥.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١١٠.

(٤) في نسخة الشرائع بدلها: إباحة.

بالعقد أتمّ في مُجازيّة الملك من هنا .

ودعوى : الفرق بأنّ الانتفاع هناك من لوازم العقد وهنا مورده ، فهو كما لو قال : «وهبتك بضع الجارية» أو «ملّكتك إيّاه» والعبد غير قابل لذلك ، ومن هنا بنى بعضهم[1] المسألة على كون التحليل عقداً أو ملك يمين ، وأنّ العبد ممّا يملك ما يملّكه مولاه أو لا .

واضحة الفساد ؛ للقطع بالجواز على كلّ تقدير ، فإنّ القائل بكونه ملكاً هنا لا يريد منه الملك الممنوع منه العبد ، بل المراد منه الاستحقاق ، أو أنّ له أحكام ملك اليمين على الوجه الذي قدّمناه ؛ ضرورة أنّه لا عين ولا منفعة .

↑ ج ٣٠ / ٣٠٥

فالخبر المزبور محمول على التقيّة ، أو على إرادة عدم النكاح له بمجرّد الإذن من مولاه ، بل لابدّ من إيجاد العقد على من يريد نكاحها من أمة الغير مثلاً . . . أو على غير ذلك .

وكيف كان ، فعلى القولين لابدّ له من قبول ؛ لكونه عقداً عليهما ، ومن أركان العقد القبول ، وعدم ذكر المعظم له اتّكالاً على الظهور ، ولأنّه لا يختلف ألفاظه بالنسبة إلى سائر العقود ، وإنّما المختلف ألفاظ الإيجاب ؛ ولذا اقتصروا هنا على التعرّض له .

مع أنّ قولهم : «هل هو عقد أو تمليك؟» كافٍ في ذلك ؛ ضرورة معلوميّة كون التمليك من العقود ، وأنّه ليس من قسم الإيقاعات ،

---

(١) كالعلّامة في القواعد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٣.

فالمراد حينئذٍ: ما صرّح به غير واحد من الأصحاب كالمحقّق الثاني[١] والشهيد الثاني[٢] والفاضل الهندي[٣] وغيرهم[٤] أنّه عقد نكاح أو عقد تمليك.

فما عن الصيمري من عدم الحاجة إلى القبول حاكياً له عن إطلاق الأكثر[٥]، بل ربّما كان ذلك سبباً لغرور بعض الأفاضل[٦] فحكم بذلك محتجّاً: بظهور النصوص أنّه من قسم الإباحات التي لا تحتاج إلى التعاقد.

واضح الفساد؛ فإنّ النصوص في سائر العقود خالية عن التعرّض لألفاظ العقد؛ للمعلوميّة، ومن هنا لم يكن إشكال عند الفقهاء في العقديّة في سائر المقامات.

وكأنّ المسألة من الواضحات، فلا يكفي حينئذٍ مجرّد إنشاء التحليل والإباحة عن مراعاة التعاقد، بل ظاهر الأصحاب هنا معاملة

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٨٧.
(٢) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٩٢ ـ ٩٣.
(٣) كشف اللثام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٧ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦.
(٤) كفخر الدين في الإيضاح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٦٦، والمقداد في التنقيح: النكاح / نكاح الإماء ج ٣ ص ١٧٤، وابن فهد في المهذّب البارع: النكاح / نكاح الإماء ج٣ ص ٣٥٦.
(٥) غاية المرام: النكاح / ملك المنفعة ج ٣ ص ١١٦.
(٦) ممّن حكم بعدم الحاجة إلى القبول ابن القطّان في معالم الدين: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٢ ص ٤٢، والبحراني في الحدائق: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ص ٣١٩، والطباطبائي في الرياض: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٣٥.

هذا العقد ـ وإن كان من العقود الجائزة ـ معاملة العقود اللازمة في التعرّض لضبط ألفاظه وعدم الاكتفاء بأيّ لفظ اتّفق، ومراعاة كيفيّة العقد في فوريّة القبول وغيرها، ولعلّه لكونه متعلّقاً بالفرج المطلوب فيه الاحتياط، وأنّه ليس كغيره من الأموال.

ولقد فتح هذا المتوهّم باباً لتشنيع المخالفين أعظم ممّا افتروه علينا: من جواز عارية الفروج حتّى للأحرار؛ إذ الإباحة ليست من العقود أصلاً فضلاً عن أن تكون عقد عارية.

ج ٣٠ / ٣٠٦

وجميع ذلك اشتباه وتوهّم؛ فإنّ الفروج لا تحلّ عند الشيعة بنحو ذلك كما صرّح به المرتضى[١] وابن إدريس[٢] والمحقّق الثاني[٣] وغيرهم[٤]، بل هو صريح جميع الأصحاب، كما لا يخفى على من لاحظ تعرّضهم لضبط ألفاظه، وجواز عقده ببعضها وعدمه، ولاعتبار الهيئة وغيرها ممّا هو جارٍ على حسب ما تعرّضوا لغيره من العقود اللازمة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فلا إشكال في أنّه ﴿يجوز تحليل المدبّرة وأُمّ الولد﴾ لعدم خروجهما بذلك عن الملك، المقتضي لاندراجهما في النصوص.

---

(١) الانتصار: مسألة ١٥٦ ص ٢٨١.

(٢) السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٣.

(٣) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٨٢.

(٤) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٨٩ و٩٢.

نعم، ليس له ذلك في المكاتبة ﴿و﴾ خصوصاً ﴿لو ملك بعضها﴾ بأن أدّت بعض ما عليها على وجهٍ يكون به بعضها حرّاً ﴿فـ﴾إنّه حينئذٍ إذا ﴿أحلّته نفسها لم تحلّ﴾ بذلك، وكذا الحال في كلّ مبعّضة؛ لما عرفته سابقاً من عدم جواز تحليل الحرّة نفسها، وعدم التبعيض في أسباب النكاح.

﴿و﴾ لا يرد: أنّها ﴿لو كانت مشتركة﴾ بين اثنين مثلاً ﴿فأحلّها[1] الشريك﴾ لشريكه، فإنّه على ما ﴿قيل: تحلّ﴾ بذلك، بل قد عرفت فيما مضى أنّه الأصحّ؛ لعدم التبعيض فيه بناءً على أنّ التحليل ملك يمين وإن كان للمنفعة، فإنّ سبب الوطء حينئذٍ متّحد النوع.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿الفرق: أنّه ليس للمرأة الحرّة أن تحلّ نفسها﴾ لما علمت أنّ التحليل مختصّ بالإماء، بخلاف الأمة فإنّ لسيّدها تحليلها، أو للصحيح المتقدّم سابقاً[2] المصرّح فيه بالحكمين كما عرفته سابقاً، بل هو العمدة في الجواز.

كما أنّه لا يرد: جواز العقد من الشريكين على الأمة المشتركة للأجنبي مع عدم تأثير العقد من كلّ منهما إلّا في البعض المملوك فيه[3]؛ ضرورة عدم كون ذلك تبعيضاً في سبب النكاح بعد فرض كونه عقداً منهما بوكالة ثالث أو أحدهما الآخر أو إجازته بعد أن كان مورد العقد الجميع.

---

(١) في نسخة الشرائع: فأحلّه.

(٢) في ص ٤٢٣.

(٣) الأولى التعبير بدلها بـ«له».

نعم، لو قال كلّ منهما: «زوّجتك حصّتي» أو «أحللتها لك» ففي القواعد: «إشكال»[1].

ولعلّه: من أنّ تحليل كلّ منهما إنّما يتعلّق حقيقةً بحصّته، فالإطلاق إنّما يعتبر لانصرافه إليه، فالتصريح به أولى بالصحّة. ومن ظهور الأدلّة في كون مورد العقد الكلّ دون البعض، بل لا يؤثّر فيه صحّةً حتّى يقارنه التأثير بالبعض الآخر بلفظ واحد. ومن أنّ الوطء لا يتبعّض، والإحلال مثلاً إنّما يتعلّق به حقيقةً، وإن أُريد بالحصّة الحصّة من الرقبة حصل الشكّ في الحلّ من كونه مجازاً في إحلال الوطء، وإن كان في الأخيرين ما لا يخفى.

ج ٣٠ / ٣٠٧

ولا ريب أنّ الأحوط عدم العقد بهذه الكيفيّة إن لم يكن الأقوى، خصوصاً مع التعاقب في القبول، والله العالم.

هذا كلّه في الصيغة وما يتبعها.

﴿وأمّا الحكم: فـ﴾فيه ﴿مسائل﴾

﴿الأُولى﴾

﴿يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ﴾ الكاشف عن إرادة اللافظ حقيقةً أو مجازاً بالقرائن المقاليّة ﴿و﴾ الحاليّة، التي منها: ﴿ما شهد الحال بدخوله تحته﴾ في الإرادة على حسب غيره من العقود.

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٢.

بل الظاهر أنّه مثلها أيضاً في دخول التوابع في الحكم وإن لم يستحضرها العاقد حال إنشائه، بل ولا هي من لوازم معنى اللفظ الذي هو متعلّق العقد، نحو ثياب العبد ورحل الدابّة وبعض مرافق الدار... ونحو ذلك ممّا هي قطعاً ليست من مدلولات اللفظ، ولكن بيع الدار مثلاً يتبعه بيع ذلك عرفاً على وجهٍ لو نبّهته عليه لأدخله، فكذلك هنا ما كان من هذا القبيل أيضاً.

وعلى كلّ حال ﴿فلو أحلّ له التقبيل اقتصر عليه﴾ وعلى اللمس المتوقّف تحقّق التقبيل عليه ﴿وكذا لو أحلّ له اللمس﴾ أو النظر اقتصر عليهما ﴿فلا يستبيح الوطء﴾ الذي هو غير داخل في شيء منها لا حقيقةً ولا مجازاً ولا تبعاً ﴿و﴾ الأصل حرمة التصرّف في مال الغير بغير إذنه.

نعم ﴿لو أحلّ له الوطء حلّ[1] له ما دونه من ضروب الاستمتاع﴾ للفهم العرفي المؤيّد بقول الصادق عليه السلام في خبر ابن عطيّة: «إذا أحلّ الرجل للرجل من جاريته قبلة لم يحلّ له غيرها... وإن أحلّ له الفرج حلّ له جميعها»[2].

مع أنّ الظاهر حلّيّة ذلك ما لم يصرّح بالمنع فيما زاد على ما يتوقّف

(١) في نسخة الشرائع بدلها: أحلّ.

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ١٥ ج ٥ ص ٤٧٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٨ ج ٧ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: باب ٣٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٤.

ج ٣٠
٣٠٨

عليه تحقّق الوطء، وإلّا كان التحليل مقتصراً عليه أيضاً؛ لإطلاق النصوص أنّه ليس له إلّا ما أحلّ له:

قال فضيل بن يسار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك، إنّ بعض أصحابنا قد روى عنك أنّك قلت: إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال؟ فقال: نعم يا فضيل. قلت: فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر، أحلّ لأخيه ما دون فرجها، أله أن يفتضّها؟ قال: لا، ليس له إلّا ما أحلّ له منها، ولو أحلّ له قبلة منها لم يحلّ له ما سوى ذلك، قلت: أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضّها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها»[1].

وفي خبر هشام بن سالم وحفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يقول لامرأته: أحلّي لي جاريتك فإنّي أكره أن تراني متكشّفاً، فتحلّها له؟ قال: لا يحلّ منها إلّا ذاك، وليس له أن يمسّها ولا أن يطأها» بل زاد فيه هشام: «أله أن يأتيها؟ قال: لا يحلّ له إلّا الذي قالت»[2].

---

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ١ ج ٥ ص ٤٦٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ١٦ ج ٧ ص ٢٤٤، وسائل الشيعة: باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٢.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٧ ص ٤٦٩، و«التهذيب»: ح ١٧ ص ٢٤٥، و«الوسائل»: ح ٤ ص ١٣٣.

إلى غير ذلك من النصوص التي مضى بعضها أيضاً المتّفقة في الدلالة على ذلك .

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو أحلّ له الخدمة﴾ المتوقّفة على عقد التحليل للاحتياج إلى لمس ونظر ونحوهما ﴿لم﴾ يجز له أن ﴿يطأ[1]، وكذا لو أحلّ له الوطء لم يستخدم[2]﴾ من غير إشكال في شيء من ذلك نصّاً[3] ولا فتوى ، بل هو مقتضى أُصول المذهب ﴿و﴾ قواعده .

فـ﴿لو وطئ﴾ مثلاً ﴿مع عدم الإذن كان عاصياً﴾ قطعاً مع العلم بالتحريم ﴿ولزمه عوض البضع﴾ لمولاها عشر القيمة أو نصفه ، كما تقدّم الكلام فيه سابقاً وفي أرش البكارة وفي تقييده بجهلها أو إكراهها ﴿وكان الولد رقّاً لمولاها﴾ بلا خلاف[4] ولا إشكال في شيء من ذلك ؛ لكونه نماء ملكه ، والفرض عدم العقد ـ المقتضي لتبعيّة الولد ـ ولا الشبهة ، بل هو زانٍ لا حقّ له في مائه .

↑ ج ٣٠ / ٣٠٩

ولا ينافي ذلك نفي الزنا عنه في خبر فضيل المحمول على غير الفرض ـ ولو توهّم الإذن ، أو الجهل بحرمة ذلك عليه ـ أو على التجوّز في نفي الزنا عنه باعتبار كونها محلّلة له في الجملة . . . أو نحو

(١ و٢) في نسخة الشرائع: يطأها... تستخدم.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٣٤.

(٤) صرّح بالحكم في النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٨٦، والسرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٢، وإصباح الشيعة: النكاح / الفصل السادس ص ٤١٣، وقواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٦٣، ومسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٩٦.

ذلك، هذا.

وقد يتوهّم من نصوص الباب: جواز التحليل لغير الوطء لمتعدّدين في زمان واحد، وخصوصاً مع اختلاف المحلَّل صنفاً أو عضواً، كما لو أحلّ النظر مطلقاً لشخص واللمس لآخر، أو أحلّ نظر الوجه لشخص والبطن لآخر، أو أحلّ النظر مثلاً لجماعة.

إلّا أنّ المعلوم من مذاق الشرع خلافه، بل يمكن دعوى معلوميّة ذلك من الشريعة، كمعلوميّة عدم البعلين للامرأة الواحدة، وأنّه لا فرق في عدم جواز الاشتراك بين الوطء وبين غيره من باقي الاستمتاعات.

وربّما كان في تصريح بعضهم[1] بصيرورة المحلّلة ـ ولو نظراً ـ أجنبيّة بالنسبة إلى السيّد شهادة على ما ذكرنا؛ ضرورة أولويّة الأجنبي بالمنع منه، لعدم الاستصحاب فيه، بل هو مقتضٍ للحرمة فيه. بخلاف المالك الذي قد توقّف في حرمة ذلك عليه بتحليل الوطء ـ فضلاً عن غيره ـ بعض متأخّري المتأخّرين[2].

بل المتّجه عليه: عدم جواز تحليل النظر إلى ما لا يجوز النظر إليه للأجنبي وإن لم يكن بشهوة إذا كانت محلّلة للغير ولو لمساً.

وكأنّ إغفال الأصحاب لذلك ونحوه اتّكالاً على ما ذكروه في عقد النكاح، وأنّه مشترك معه في ذلك وفي تعيين المحلّلة والمحلّل له

---

(١) الذي وجدناه ما في جامع المقاصد والمسالك. انظر الهامشين بعد اللاحق.

(٢) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١ ص ٣١٠، والطباطبائي في الرياض: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٢٥.

والكمال في المتعاقدين وجواز التصرّف في المحلّلة... وغير ذلك ممّا هو معلوم اعتباره في النكاح وتوابعه.

قال في جامع المقاصد ـ عند البحث عن حرمة الأمة المزوّجة على سيّدها ـ: «أمّا إذا أحلّ المملوكة لغيره فلم يتعرّض المصنّف لحكمها، وينبغي أن تكون في جميع الاستمتاعات كالمزوّجة؛ لأنّ الاحتياط في الفروج أشدّ من تجويز شيء من الاستمتاع لغير واحد»[1].

وقال في المسالك: «الوجه في ذلك ـ أي حرمة الأمة المزوّجة على سيّدها ـ أنّ وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج، فيحرم على غيره؛ لامتناع حلّ الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعاً، وفي معناها المحلّلة للغير بالنسبة إلى المالك مع كون التحليل متناولاً للوطء»[2].

↑ ج ٣٠ / ٣١٠

وهو وإن أوهم تقييده أخيراً بجواز[3] الاستمتاع له إذا كان التحليل غير متناول للوطء، لكنّ ظاهر تعليله الأوّل العموم، على أنّ ذلك منه للمالك وهو غير التحليل لمتعدّدين، وإن كان الذي يقوى في النظر عدم الفرق بين المالك وغيره.

المسألة ﴿الثانية﴾

﴿ولد المحلّلة﴾ للحرّ ﴿حرّ﴾ شرطها أو أطلق؛ تغليباً لها.

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ١٣ ص ١٦٣.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٧٥.

(٣) الأولى التعبير بـ«جواز» لتعلّقه بـ«أوهم».

ولعموم الأخبار[١] بتبعيّة الولد للحرّ من الأبوين.

وخصوص صحيح زرارة قال للباقر عليه السلام: «الرجل يحلّ لأخيه جاريته؟ قال: لا بأس به، قال: قلت: فإنّها جاءت بولد؟ قال: يضمّ إليه ولده ويردّ الجارية إلى صاحبها، قلت: إنّه لم يأذن له في ذلك؟ قال: إنّه قد أذن له وهو لا يأمن أن يكون ذلك»[٢].

ونحوه الصحيح الآخر[٣].

بل في الحسن أو الصحيح أيضاً: «الرجل يحلّ جاريته لأخيه، وحرّة أحلّت جاريتها لأخيها؟ قال: يحلّ له من ذلك ما أحلّ له، قلت: فجاءت بولد؟ قال: يلحق بالحرّ من أبويه»[٤].

والخبر: «عن الرجل يقول لأخيه: جاريتي لك حلال؟ قال: قد حلّت له، قلت: فإنّها ولدت؟ قال: الولد له والأمّ للمولى، وإنّي أُحبّ للرجل إذا فعل ذا بأخيه أن يمنّ عليه فيهبها له»[٥] يعني: إذا جاءت بولد.

↑ ج ٣٠ / ٣١١

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢١.

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يحلّ جاريته ح ٦ ج ٥ ص ٤٦٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٢٥ ج ٧ ص ٢٤٧، وسائل الشيعة: (انظر ذيل ح ٤ في الهامش اللاحق).

(٣) وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ و٤ ج ٢١ ص ١٣٦.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٢٣ ج ٧ ص ٢٤٧، الاستبصار: النكاح / باب ٩٠ حكم ولد الجارية المحلّلة ح ٤ ج ٣ ص ١٣٩، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٧ ج ٢١ ص ١٣٧.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٤، و«الاستبصار»: ح ٥، و«الوسائل»: ح ٦.

﴿ثمّ إن شرط الحرّيّة مع لفظ الإباحة فالولد حرّ ولا سبيل على الأب﴾ بلا خلاف[١].

﴿وإن لم يشترط، قيل﴾ والقائل الشيخ في غير خلافه[٢]: ﴿يجب على أبيه[٣] فكّه بالقيمة﴾ بل هو المحكي عن الصدوق[٤] أيضاً.

﴿وقيل﴾ والقائل المشهور شهرة عظيمة[٥]، وفيهم من لا يعمل إلّا بالقطعيّات[٦]: ﴿لا يجب، وهو﴾ مع كونه كذلك ﴿أصحّ الروايتين﴾ وإن كانت الأُخرى أيضاً صحيحة؛ كـ:

صحيح ضريس بن عبد الملك: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يحلّ لأخيه فرج جاريته وهي تخرج في حوائجه؟ قال: هو له حلال، قلت: فإن جاءت بولد منه، ما يصنع به؟ فقال: هو لمولى الجارية، إلّا أن يكون قد اشترط على مولى الجارية حين أحلّها له إن جاءت بولد فهو حرّ، قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمة»[٧].

---

(١) كما في كفاية الأحكام: النكاح / نكاح الإماء ج ٢ ص ١٩٦.

(٢) النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٨٦.

(٣) في نسخة الشرائع بدلها: الأب.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك ذيل ح ٤٥٧٨ ج ٣ ص ٤٥٦، ونقله عنه في رياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٤١.

(٥) كما في رياض المسائل: (انظره في الهامش السابق: ص ٤٤٠).

(٦) كابن إدريس في السرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٣٢.

(٧) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب أحكام المماليك ح ٤٥٧٧ ج ٣ ص ٤٥٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٢٦ ج ٧ ص ٢٤٨، وسائل الشيعة: باب ٣٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٣٥.

وصحيح الحسن بن زياد العطّار: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن عارية الفرج؟ فقال: لا بأس، قلت: فإن كانت أتت منه بولد؟ فقال: لصاحب الجارية، إلّا أن يشترط عليه»[١].

ورواية إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام: «في امرأة قالت لرجل: فرج جاريتي لك حلال، فوطئها فولدت ولداً؟ قال: يقوّم الولد عليه بقيمته»[٢].

نعم، ناقش في المسالك في سندها[٣]، لكن يدفعها: صحّة الأُولى بطريق الصدوق[٤] وأحد طريقي الشيخ[٥]، والنصّ على توثيق الحسن ابن زياد العطّار[٦].

بل يمكن الجمع بينها وبين الأُولى: بحمل تلك على صورة الاشتراط أو على الفكّ بالقيمة، مؤيّداً: بإمكان الفرق بين عقد النكاح والتحليل بكون ذلك عقد نكاح يقتضي التشريك في النماء، بخلاف التحليل الذي هو بمنزلة الإباحة ورفع المنع الذي لا يرفع مقتضى قاعدة تبعيّة نماء الملك لمالكه.

---

(١) الاستبصار: النكاح / باب ٩٠ حكم ولد الجارية المحلّلة ح ٢ ج ٣ ص ١٣٨، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢١ ص ٢٤٦، و«الوسائل»: ح ٢.

(٢) انظر «الاستبصار» في الهامش السابق: ح ٨ ص ١٤٠، و«التهذيب» في الهامش قبله: ح ٢٧، و«الوسائل»: ح ٥ ص ١٣٧.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / لواحق نكاح الإماء ج ٨ ص ٩٩.

(٤ و ٥) تقدّم تخريج المصدر عن الصدوق وأحد طريقي الشيخ، وينظر في الطريق الآخر للشيخ تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٢٣ ضروب النكاح ح ٢٠ ج ٧ ص ٢٤٦.

(٦) رجال النجاشي: رقم ٩٦ ص ٤٧.

إلّا أنّه لمّا كان الجمع مشروطاً بالمعادلة المفقودة هنا ـ للشهرة العظيمة بين الأصحاب، المؤيّدة: بما سمعته سابقاً من تبعيّة الولد لأشرف الأبوين نصّاً[1] وفتوى، التي لا فرق فيها بين عقد النكاح وغيره بعد فرض كون الوطء صحيحاً ولو شبهةً، بل في نصوص المسألة الإشارة إلى أنّ المقام فرد من أفرادها، مضافاً: إلى بناء الحرّيّة على التغليب والسراية، وإلى ما في هذه النصوص من الاختلاف في الجملة؛ باعتبار دلالة بعضها على كونه رقّاً، وآخر على الحرّيّة مع غرامة الأب قيمته، بل كلام الخصم أيضاً غير محرّر بالنسبة إلى ذلك ـ عمل المشهور على تلك الأخبار، واطّرحوا هذه النصوص، أو حملوها على استحباب دفع القيمة من الأب... أو غير ذلك، ولعلّه الأقوى، والله العالم.

ج ٣٠ / ٣١٢

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿لا بأس أن يطأ الأمة وفي البيت غيره﴾ يراه أو يسمعه وإن كره ذلك في الحرّة؛ لـ:

الأصل.

وانحطاط رتبتها عنها.

وصحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: «في الرجل ينكح الجارية من جواريه ومعه في البيت من يرى ذلك ويسمعه؟ قال:

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٣٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢١.

لا بأس»[١] بعد القطع بعدم الفرق بين المملوكة وغيرها ، وظهور إرادة عدم الكراهة من نفي البأس هنا ولو بقرينة معرفة السائل وفقاهته[٢] وأنّه لا يسأل عن أصل الجواز المعلوم في الحرّة فضلاً عن الأمة ، وإنّما سؤاله عن الكراهة الثابتة في الحرّة .

ولكن مع ذلك ـ للتسامح في الكراهة ، ومطلوبيّة الحياء للشارع والتستّر في مثل هذا الأمر ـ قال في كشف اللثام : «لا يبعد القول بالكراهة ؛ لعموم النهي عن الوطء وفي البيت صبيّ يراهما ويسمع نفسيهما»[٣] .

وهو محتمل ؛ لإمكان حمل الصحيح على نفي الشدّة ، خصوصاً بعد الخبر : «لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبيّ ...»[٤] ، والأمر سهل .

ج ٣٠ / ٣١٣

﴿و﴾ كذا لا بأس ﴿أن ينام بين أمتين﴾ لمرسل ابن أبي نجران : «إنّ أبا الحسن عليه‌السلام كان ينام بين جاريتين»[٥] ﴿و﴾ إن كان ﴿يكره ذلك في الحرّة﴾ عند المشهور بين الأصحاب[٦] ؛ احتراماً لهنّ بالتجنّب

---

(١) تهذيب الأحكام: الطلاق / باب ٩ السراري ح ٤١ ج ٨ ص ٢٠٨، وسائل الشيعة: باب ٧٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٩٤.

(٢) في بعض النسخ: ونقصانه.

(٣) كشف اللثام: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ٧ ص ٣٥٠.

(٤) الكافي: النكاح / باب كراهيّة أن يواقع الرجل... ح ١ ج ٥ ص ٤٩٩، وسائل الشيعة: باب ٦٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١ ج ٢٠ ص ١٣٢.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ في الزيادات ح ٤٦ ج ٧ ص ٤٥٩، وسائل الشيعة: باب ٨٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣ ج ٢١ ص ٢٠١.

(٦) نسب إلى الأصحاب في الحدائق الناضرة: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ٢٤ ←

عن إيذائهنّ.

لكن في الخبر: «لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرّتين، إنّما نساؤكم بمنزلة اللعب»[١]، ومن أجله وسوس بعض متأخّري المتأخّرين فيها[٢]، لكنّ التسامح في أدلّتها سهّل الخطب فيه.

﴿ويكره﴾ أيضاً: ﴿وطء﴾ الأمة ﴿الفاجرة﴾ بالملك والعقد؛ للعار، وحذراً من اختلاط الماءين، ومخالفة ظاهر الآية[٣]، وفي خبر محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الحبشيّة[٤] يتزوّجها الرجل؟ قال: لا، وإن كان له أمة وطئها، ولا يتّخذها أُمّ ولد»[٥].

بل ﴿و﴾ يكره له: وطء ﴿من ولدت من الزنا﴾ وإن كانت هي عفيفة؛ لـ:

العيب.

ولأنّها لا تفلح.

← ص ٣٢٧، ورياض المسائل: النكاح / طوارئ نكاح الإماء ج ١١ ص ٤٤٣.

وينظر النهاية: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٣٩٩، والسرائر: النكاح / باب السراري ج ٢ ص ٦٤١، وتحرير الأحكام: النكاح / النكاح بملك اليمين ج ٣ ص ٥١٨، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل الخامس ص ١٩٥.

(١) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ١٦ ج ٥ ص ٥٦٠، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ١٦١ ص ٤٨٦، و«الوسائل»: ح ١ ص ٢٠٠.

(٢) انظر «الحدائق» و«الرياض» في الهامش قبل السابق.

(٣) سورة النور: الآية ٣.

(٤) في المصدر بدلها: الخبيثة.

(٥) الكافي: النكاح / باب نكاح ولد الزنا ح ٤ ج ٥ ص ٣٥٣، ووسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢ ج ٢٠ ص ٤٤١.

وخبر الحلبي عن الصادق عليه السلام: «سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا، عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزّه عن ذلك فهو أحبّ إليّ»[١].

وحسن ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل يشتري الجارية ويتزوّجها بغير رشدة ويتّخذها لنفسه؟ قال: إن لم يخف العيب على نفسه[٢] فلا بأس»[٣].

بل عن ابن إدريس: تحريم وطئها لكفرها[٤]، وفيه منع تقدّم في محلّه.

وبالجملة: فلا ريب في دلالة فحوى هذه النصوص على مرجوحيّة وطء الزانية.

ج ٣٠ / ٣١٤

مضافاً إلى خبر الحسين بن أبي العلاء المروي عن خرائج الراوندي قال: «دخل على أبي عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال: إنّ فلان بن فلان بعث معي بجارية وأمرني أن أدفعها إليك؟ قال: لا حاجة لي فيها، إنّا أهل بيت لا يدخل الدنس بيوتنا، قال: لقد أخبرني أنّها ربيبة حجره، قال: لا خير فيها فإنّها قد أفسدت، قال: لا علم لي بهذا،

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥، و«الوسائل»: ح ٥ ص ٤٤٢.

(٢) في الكافي ومتن الوسائل بدلها: ولده.

(٣) الكافي: النكاح / باب نكاح ولد الزنا ح ٢ ج ٥ ص ٣٥٣، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٤١ في الزيادات ح ٣ ج ٧ ص ٤٤٨، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤ ج ٢٠ ص ٤٤١.

(٤) السرائر: النكاح / المقدّمة ج ٢ ص ٥٢٦.

قال: اعلم أنّه كذا»[١].

بل في خبر آخر عنه: «أنّه لمّا دخل عليه الرجل من خراسان قال له: ما فعل فلان؟ قال: لا علم لي به، قال: أنا أُخبرك به، بعث معك بجارية لا حاجة لي فيها، قال: ولِمَ؟ قال: لأنّك لم ترقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليلة نهر بلخ، فسكت الرجل، وعلم أنّه علم بأمر عرفه»[٢].

المسألة الرابعة

لا يشترط في التحليل: تعيين المدّة؛ للأصل، وإطلاق النصوص[٣]. خلافاً للمحكي عن المبسوط[٤]، ولا وجه له.

ولا ذكر مهر، كما أنّه لا نفقة لها.

بل لا سلطان له عليها لا ليلاً ولا نهاراً إلّا بإذن السيّد، بخلاف الأمة المزوّجة ففي القواعد أنّ «عليه تسليمها للزوج ليلاً، وله استخدامها نهاراً»[٥].

وكأنّه لأنّه إنّما ملّكه الانتفاع ببضعها فيبقى له الاستخدام، والغالب

(١) الخرائج والجرائح: في أعلام الإمام جعفر الصادقعليه‌السلام ح ٤ ج ٢ ص ٦١٠، وسائل الشيعة: باب ٦٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ٢١ ص ١٧٩.

(٢) انظر «الخرائج والجرائح» في الهامش السابق: ح ٥، و«الوسائل»: ح ٢ ص ١٨٠.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٣١ من أبواب نكاح العبيد والإماء ج ٢١ ص ١٢٥.

(٤) المبسوط: النكاح / نكاح المتعة ج ٤ ص ٢٤٦.

(٥) قواعد الأحكام: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ٣ ص ٦٣.

في زمانه النهار، كما أنّ الغالب في زمان الأوّل الليل، ولذا بني عليه القسم، فلو أراد أحدهما عكس ما له لم يلزم الآخر إجابته. وكذا لو آجرها للاستخدام، فإنّ عليه تسليمها نهاراً، وله الاستمتاع بها ليلاً، فلو أراد أحدهما الاستبدال لم يلزم الإجابة.

وقد وافقه على ذلك شارحاه: المحقّق الثاني[1] والفاضل الهندي[2].

بل فيها أيضاً أنّها «لو كانت محترفة، وأمكنها ذلك في يد الزوج، ففي وجوب تسليمها إليه نهاراً لو أراده إشكال»[3]. بل في الشرحين: «أقربه وأصحّه عدمه؛ لأنّ التزويج لم يقتض إلّا التسليم ليلاً، وربّما بدا للسيّد استخدامها نهاراً»[4].

↑ ج ٣٠ / ٣١٥

بل في الثلاثة أيضاً أنّ «للسيّد أن يسافر بها»[5]، ولعلّه لسبق حقّه، ولأنّه مالك للرقبة وإحدى المنفعتين، فكان جانبه أقوى. نعم، لو أراد الزوج السفر معها ليصحبها ليلاً لم يكن له منعه؛ لأنّ ذلك حقّ ثابت له، لكن لا نفقة لها عليه وإن تمكّن منها نهاراً، ما لم يكن السفر برضاه فإنّه يكون بمنزلة سفره بها.

كما في الثلاثة أيضاً: أنّ الأقرب تسلّط الزوج على إخراجها من دار

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ١٣ ص ١٩٨ ـ ١٩٩.

(٢) كشف اللثام: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ٧ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٣) انظر «القواعد» المتقدّم آنفاً.

(٤) انظر «جامع المقاصد» المتقدّم: ص ٢٠٠، وكشف اللثام: ص ٣٥١.

(٥) انظر الهامشين السابقين.

السيّد ليلاً لو أراده ؛ حتّى أنّه لو بذل لهما بيتاً في داره لم تجب على الزوج إجابته[١].

وفيها أيضاً : أنّ النفقة إنّما تجب على الزوج في الحضر لو تسلّمها ليلاً ونهاراً ، أمّا لو تسلّمها ليلاً فقط فالأقرب ـ كما عن المبسوط[٢] ـ عدم وجوب شيء منها لعدم التمكين التامّ. ويحتمل : وجوب الكلّ لكون التخلّف بحقٍّ كالحيض والمرض ، ونصف النفقة ، أو نفقة الليل خاصّة[٣].

وفي القواعد أيضاً أنّه «لو قتلها السيّد قبل الوطء ففي سقوط المهر نظر أقربه العدم ، كما لو قتلها أجنبي أو قتلت الحرّة نفسها»[٤]. وفي جامع المقاصد : احتمال السقوط حتّى في الأخيرين أيضاً[٥]، بل عن المبسوط : إسقاطه في الأخير[٦]، كما أنّ سقوطه لقتل الأجنبي الأمة قول ؛ لكونها حينئذٍ كتلف المبيع قبل قبضه.

لكن لا يخفى عليك ما في الجميع وعدم انطباقه على ما عند الإماميّة من حرمة القياس والاستحسان والمصالح المرسلة... ونحو ذلك من القول بالرأي ، ومن هنا خلت عن هذه الأحكام معظم كتب

---

(١) انظر الهامش السابق، وجامع المقاصد: ص ١٩٩.

(٢) المبسوط: كتاب النفقات ج ٦ ص ١١.

(٣) قواعد الأحكام: (انظر الهامش اللاحق)، جامع المقاصد: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ١٣ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢، كشف اللثام: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ٧ ص ٣٥١.

(٤) قواعد الأحكام: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ٣ ص ٦٣.

(٥) جامع المقاصد: النكاح / بقايا مسائل الإماء ج ١٣ ص ٢٠٤.

(٦) المبسوط: النكاح / فيمن يجوز العقد عليهنّ ج ٤ ص ١٩٧.

الأصحاب، وإنّما وجدتها في كتب العامّة كالإسعاد[١] ونحوه، بل أكثروا فيها من الخرافات، وخصوصاً في تحرير الوقت من الليل الذي يجب تسليمها فيه.

ولعلّ العمدة فيما ذكره الفاضل ما رواه الراوندي في المحكي في نوادره[٢] بإسناده عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام قال: إذا تزوّج الحرّ أمة فإنّها تخدم أهلها نهاراً وتأتي زوجها ليلاً، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك...»[٣].

ج ٣٠ / ٣١٦

بناءً على كونه جامعاً لشرائط الحجّيّة ولم يكن خارجاً مخرج التقيّة؛ وإلّا كان ذلك كلّه مشكلاً، فإنّ المتّجه على أُصول الإماميّة جريان حكم الزوجة عليها، فيجب تسليمها حينئذٍ ليلاً ونهاراً، نعم يجوز للسيّد الانتفاع بها في كلّ منهما ما لم يعارض حقّ الاستمتاع بها، وملك السيّد لها لا يزيد على ملك الحرّة نفسها الذي قد انقطع بعقد التزويج الوارد على ذلك والمقتضي تسلّط الزوج على زوجته في جميع الأزمنة والأمكنة، فإنّ الرجال قوّامون على النساء، وهنّ حرث لهم فليأتوا حرثهم أنّى شاؤوا.

بل الظاهر عدم جواز سفر السيّد بها بدون إذن الزوج بخلاف

---

(١) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٢) بل ورد في الجعفريّات، انظر الهامش اللاحق.

(٣) الجعفريّات (ضمن قرب الاسناد): ص ١٠٦، مستدرك الوسائل: باب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ ج ١٥ ص ٤٣.

العكس، وملك الرقبة لا ينافي ذلك، فإنّها أمانة في يد الزوج كالعين المستأجرة، فإن لم يأمنه تولّى هو حفظها ولو بالسفر معها على وجهٍ لا يمنع استمتاع الزوج.

وبذلك يظهر وجوب تمام نفقتها عليه، كما هو مقتضى إطلاق الأدلّة المقتضي وجوب تسليمها إليه؛ لمعلوميّة كون النفقة عوضاً عن الاستمتاع. اللّهمّ إلّا أن يدّعى أنّ بناء نكاح الأمة على ذلك ـ أي على الاستحقاق ليلاً ـ على وجهٍ يكون كالشرط، وإلّا لم ينطبق شيء من ذلك على أُصولهم.

كما أنّه لا ينطبق عليها: سقوط المهر بالقتل الذي هو ليس من أسباب الفسخ للعقد المقتضي لوجوب المهر، والنكاح ليس من المعاوضات المحضة، فضلاً عن أن يكون كالبيع حتّى يشاركه في حكم التلف قبل القبض.

نعم، بناءً على سقوط المهر بالموت قبل الدخول ـ للنصوص[1] التي تسمعها وتسمع الكلام فيها في محلّه ـ يتّجه هنا ذلك، لا للقتل من حيث كونه قتلاً.

فتأمّل جيّداً؛ كي تعرف الحال فيما ذكره العامّة[2] أيضاً من حكم تزويج العبد بإذن سيّده، فإنّهم أيضاً قد ذكروا فيه أيضاً[3] ما يقرب

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٨ من أبواب المهور ج ٢١ ص ٣٢٦.

(٢) روضة الطالبين: ج ٦ ص ٢٠٦...

(٣) ليست في بعض النسخ.

ممّا سمعته.

لكنّ المتّجه على أُصولنا عدم تسلّط السيّد عليه حيث يجب عليه الوطء والقسم ونحوهما، أمّا مع عدم شيء منهما فللسيّد منعه ↑ واستخدامه ليلاً ونهاراً، فإنّ الإذن بتزويجه لا تقتضي رفع اليد عنه ليلاً ج ٣٠ / ٢١٧ على وجهٍ تستحقّه الزوجة مطلقاً.

اللّهمّ إلّا أن يستفاد من فحوى ما سمعته في الأمة بناءً على ثبوت الحكم فيها، والله العالم.

﴿ويلحق بالنكاح: النظر في أُمور خمسة﴾

[النظر] ﴿الأوّل﴾

﴿ما يردّ به النكاح﴾

﴿وهو يستدعي بيان ثلاثة مقاصد﴾ :

[المقصد] ﴿الأوّل: في العيوب﴾

﴿وهي: إمّا في الرجل وإمّا في المرأة﴾ :

﴿فعيوب الرجل﴾ المتّفق على الفسخ بها ﴿ثلاثة﴾ بل أربعة : ﴿الجنون والخصاء والعنن﴾ والجبّ .

﴿فالجنون﴾ الذي هو مرض في العقل يقتضي فساده وتعطيله عن أفعاله وأحكامه ولو في بعض الأوقات ، من الجنان أو الجِنّ بالكسر أو الجَنّ بالفتح ، فالمجنون : من أُصيب جنانه أي قلبه ، أو أصابته الجنّ ، أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله .

نعم ، لا عبرة بالسهو الكثير السريع الزوال ، ولا الإغماء الذي يكون

عن هيجان المرّة[١] أو غلبة المرض... أو نحو ذلك ممّا لا يصدق معه اسم الجنون، وإلّا فلو فرض كونه على وجهٍ يصدق عليه ذلك ترتّب عليه حكمه، بل لعلّه داخل في مفهومه لغةً وإن خصّ في العرف باسم آخر، حتّى قيّد الجنون بأن لا يكون في عامّة الأطراف فتور.

وإليه يرجع ما عن الشيخ[٢] وابن البرّاج[٣] من «أنّ الجنون ضربان، أحدهما: خنق، والثاني: غلبة[٤] على العقل من غير حادث مرض، وهذا أكثر، وأيّهما كان فالخيار لصاحبه، وإن غلب عقله المرض فلا خيار، فإن برئ من مرضه[٥] فلا كلام، وإن زال المرض وبقي الإغماء فهو كالجنون لصاحبه الخيار». وكيف كان فالجنون فنون.

↑ ج ٣٠ / ٣١٨

وعلى كلّ حال، هو ﴿سبب لتسلّط[٦] الزوجة﴾ الجاهلة ﴿على الفسخ، دائماً كان﴾ الجنون ﴿أو أدواراً﴾ للصدق إذا كان سابقاً على العقد أو مقارناً له، بلا خلاف معتدّ به أجده فيه[٧]، بل الإجماع إن لم يكن محصّلاً، فهو محكيّ عليه[٨].

---

(١) المِرَّة: مزاج من أمزجة البدن. القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٨٧ (مرر).

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٣) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٢.

(٤) في بعض النسخ بدلها: غلبته.

(٥) في المصدر بعدها ـ والعبارة للمبسوط ـ: فإن زال الإغماء.

(٦) في نسخة الشرائع: لتسليط.

(٧) كما في رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٤٤.

(٨) كما في المقتصر: النكاح / العيوب الموجبة للفسخ ص ٢٥٣.

لنفي الضرر والضرار[١] والغرور والتدليس.

ولفحوى خبر عليّ بن أبي حمزة الآتي[٢] في المتجدّد بعد التزويج بناءً على أولويّة غيره منه في ذلك.

قيل: «ولصحيح الحلبي: إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[٣].

والذي عثرنا عليه في الأُصول عنه عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «في رجل يتزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له؟ قال: لا تردّ، إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل، قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلّ من فرجها، ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»[٤].

ورواه في الكافي: «سألته عن رجل يتزوّج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له؟ قال: يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»[٥].

وكأنّ بناء الاستدلال على عدم تخصيص الوارد بالمورد. ولكن

---

(١) انظر هامش (٤) من ص ١١٧.

(٢) في ص ٥٦٩.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٨ ج ٣ ص ٤٣٣، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦، وذيله في باب ٢ منها ح ٥ ج ٢١ ص ٢٠٩ و٢١٣.

(٥) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٦ ج ٥ ص ٤٠٦.

فيه : أنّه كذلك بعد معلوميّة استقلال الجواب ، ومن المحتمل قراءة الفعل هنا بالمعلوم ، فيكون الضمير فيه راجعاً إلى الرجل ، فلا يكون مستقلاً ، ولعلّه لذا لم يحكم الأكثر ـ كما ستعرف ـ بالخيار لها في الجذام والبرص .

نعم ، رواه الشيخ في موضع من التهذيب : «إنّما يردّ النكاح ـ إلى قوله : ـ والعفل»[١] من دون تقدّم شيء آخر وتأخّره ، لكن من المعلوم أنّ ذلك من تقطيع الشيخ ، لا أنّه خبر مستقلّ للحلبي كما يومئ إليه اتّحاد السند . وعلى كلّ حال فالاستدلال به لا يخلو من إشكال .

ج ٣٠ / ٣١٩

ومنه يعلم أيضاً ما في الاستدلال[٢] عليه : بأولويّة ثبوته للمرأة في الرجل من العكس الثابت نصّاً وفتوى كما ستعرف ؛ لكون الرجل له طريق تخلّص بالطلاق دونها . فإنّه يمكن منع القطع بها ، خصوصاً بعد قول الصادق عليه السلام في خبر عبّاد الضبّي الآتي : «والرجل لا يردّ من عيب»[٣] ، كما أنّ الواضح منع كونها من قبيل فهم حرمة مطلق الإيذاء من النهي عن التأفيف[٤] .

ولعلّه لذا توقّف في الحكم بعض متأخّري المتأخّرين ، وخصّه في المتجدّد دون السابق ، قال : «والظاهر أنّ الوجه فيه : عدم صحّة النكاح

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٤ ج ٧ ص ٤٢٤.
(٢) كما في رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٤٦.
(٣) يأتي في ص ٥٧٦.
(٤) سورة الإسراء: الآية ٢٣.

لو فرض قبل العقد، إلّا أن يكون الجنون أدواراً وعقد في حال الصحّة، أو قلنا بجواز تزويج الولي فيه»[١].

لكن قد عرفت ما فيه مع فرض الصحّة ـ التي هي محلّ البحث ولو بالعقد من الولي حال كونه صغيراً مجنوناً ـ من أنّه يكفي: أولويّته من الجنون بعده في الحكم المزبور، والإجماع المحكي... وغير ذلك.

بل الظاهر عدم الفرق فيه بعد صدق اسمه بين عقله أوقات الصلاة وعدمه، خلافاً لظاهر المحكي عن ابن حمزة: من تقييد الخيار بذلك مطلقاً[٢]، بل ربّما حكي ذلك أيضاً عن المبسوط[٣] والمهذّب[٤] مشعرين بالإجماع عليه، كما عن الصدوق نسبته إلى الرواية[٥].

ولعلّه: لدعوى توقّف الصدق على ذلك، وفيها منع.

وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام: «إذا تزوّج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ منه مبلغاً حتّى لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما، وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة؛ فقد ابتليت»[٦] الذي هو ـ بعد تسليم حجّيّته ـ في الجنون المتجدّد.

↑ ج ٣٠ / ٣٢٠

---

(١) الحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٣٨.

(٢) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠.

(٤) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٣.

(٥) يأتي نقل عبارته بعد أسطر.

(٦) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٧، مستدرك الوسائل: باب ١١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ١٥ ص ٥٣.

كالمرسل عن الفقيه، فإنّه ـ بعد أن روى خبر ابن أبي حمزة الآتي في المتجدّد ـ قال: «وروي في خبر آخر: أنّه إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما، فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه؛ فقد ابتليت»[1]. وستعرف تحقيق المسألة.

وعلى كلّ حال، فلا ريب في أنّ لها الخيار بالجنون السابق مطلقاً.

بل ﴿وكذا المتجدّد بعد العقد وقبل الوطء أو بعد العقد والوطء﴾ بلا خلاف أجده فيه مع عدم عقل أوقات الصلاة، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه كما هو ظاهر غير واحد[2].

بل مطلقاً وفاقاً لجماعة[3]؛ لنفي الضرر والضرار[4]، ولإطلاق الصحيحين بناءً على دلالتهما، ولخبر عليّ بن أبي حمزة: «سئل أبو إبراهيم عليه‌السلام: عن امرأة يكون لها زوج قد أُصيب في عقله بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون؟ قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت»[5].

---

(١) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب الشقاق ح ٤٨١٩ ج ٣ ص ٥٢٢، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٣ ج ٢١ ص ٢٢٦.

(٢) كالشهيد الثاني في المسالك: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠١، والسبزواري في الكفاية: النكاح / العيوب الموجبة للفسخ ج ٢ ص ١٩٨.

(٣) كالعلّامة في التحرير: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣١ ـ ٥٣٢، والمقداد في التنقيح: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ١٨٧، والشهيد الثاني في الروضة: النكاح / الفصل السابع ج ٥ ص ٣٨٥، والكاشاني في المفاتيح: مفتاح ٧٧٠ ج ٢ ص ٣٠٥.

(٤) تقدّم في ص ١١٧.

(٥) الكافي: الطلاق / باب في المصاب بعقله ح ١ ج ٦ ص ١٥١، تهذيب الأحكام: ←

وخلافاً للمحكي عن ابن بابويه[١] والمفيد[٢] والشيخ[٣] وبني زهرة[٤] والبرّاج[٥] وإدريس[٦]: فقيّدوه بما إذا كان لا يعقل معه أوقات الصلاة وإلّا فلا خيار، بل في الرياض: نسبته إلى الأكثر[٧]؛ للأصل، والمرسل، والرضوي، وإليه أشار المصنّف بقوله: ﴿وقد[٨] يشترط في المتجدّد أن لا يعقل أوقات الصلاة﴾.

﴿وهو في موضع التردّد﴾:

من إطلاق الخبر المزبور المؤيّد باستبعاد الفرق بين ما قبل العقد وبعده، خصوصاً إذا كان المستند في الأوّل إطلاق النصوص الذي لا فرق فيه بين السابق والمتجدّد.

ج ٣٠ / ٣٢١

ومن المرسل المؤيّد بالرضوي، وأصالة اللزوم فيمن يعقل، وعدم الجابر لخبر ابن أبي حمزة بالنسبة إلى ذلك، بل الموهن محقّق، بل

← النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٩ ج ٧ ص ٤٢٨، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٢٥.

(١) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب الشقاق ح ٤٨١٩ ج ٣ ص ٥٢٢.

(٢) المقنعة: النكاح / التدليس في النكاح ص ٥٢٠.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٤) غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤ ـ ٣٥٥.

(٥) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٥.

(٦) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١١.

(٧) رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٤٥ (نسبه مرّةً إلى أكثر القدماء، ومرّةً إلى الشهرة).

(٨) في نسخة المسالك بدلها: وقيل.

لا بأس بتقييده بالمرسل المزبور المنجبر بفتوى الأكثر ، ومن هنا كان مختار بعض الأفاضل[١] ذلك .

لكنّ الذي يقوى في النظر : أنّه لا خلاف في المسألة أصلاً ، وإن كان أوّل من يوهم كلامه ذلك ابن إدريس[٢] فيما حكي عنه ، كما أنّ أوّل من ظنّه المصنّف وتبعه الفاضل[٣] ومن تأخّر عنهما[٤]، إلّا أنّ مراد الأصحاب بعدم عقله أوقات الصلاة : تحقّق الجنون الذي يسقط معه التكليف ، لا أنّه تقسيم للجنون ـ المسقط للتكليف ـ إلى قسمين أحدهما ما يعقل والآخر ما لا يعقل ، والمسلّط للخيار الثاني في الثاني ، بخلاف السابق فإنّه بقسميه مسلّط للخيار[٥]؛ إذ هو ـ كما ترى ـ لا ينبغي صدوره من أصاغر الطلبة فضلاً عن أساطين المذهب وقوّامه .

ومن ذلك يعرف : عدم الفرق بين السابق والمتجدّد كما سمعته من ابن حمزة بل والمبسوط والمهذّب المشعرين بالإجماع عليه ، وكأنّ من اقتصر على ذكر ذلك في المتجدّد اعتمد على ثبوته في السابق بطريق أولى ، لا لاختصاص الخيار به ، وحينئذٍ يظهر لك من ذلك ما في كثير

---

(١) كالطباطبائي في الرياض: (انظر الهامش السابق).

(٢) تقدّم المصدر آنفاً.

(٣) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣١.

(٤) كابن فهد في المهذّب البارع: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٣٦٥ ـ ٣٦٦، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في العيب والتدليس ج ١٣ ص ٢٢٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠١ ـ ١٠٢.

(٥) في بعض النسخ: على الخيار.

من كتب الأصحاب المحرِّرة لهذه المسألة .

ثمّ إنّ ظاهر الفتاوى ـ بل كاد يكون صريح جامع المقاصد[١] ـ عدم الفرق في هذا الحكم بين الدائم والمنقطع ، ولا بأس به ، بل قد يدّعى شمول النصّ له ، والله العالم .

﴿و﴾ أمّا ﴿الخصاء[٢]﴾ بالكسر والمدّ فهو ﴿سلّ الأُنثيين﴾ أي إخراجهما ﴿وفي معناه﴾ بل قيل: «منه»[٣] ﴿الوجاء﴾ بالكسر والمدّ ، وهو رضّهما .

↑ ج ٣٠ / ٣٢٢

فالمشهور[٤] بين الأصحاب أنّه عيب تتسلّط به الامرأة الجاهلة على الفسخ ؛ لحديث الضرار[٥] ، وخصوص المعتبرة المستفيضة ؛ كـ:

صحيح ابن مسكان : «بعثت بمسألة مع ابن أعين ، قلت : سله عن خصيّ دلّس نفسه لامرأته ، فدخل بها فوجدته خصيّاً؟ قال : يفرّق بينهما ، ويوجع ظهره ، ويكون لها المهر بدخوله عليها»[٦] .

وفي رواية الكشّي : «أنّه كتب بذلك إلى الصادق عليه‌السلام مع إبراهيم بن

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٢٢.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: وهو.

(٣) المغرب (للمطرّزي): ص ٢٦١ (وجأ).

(٤) كما في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٢٧، ومسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠٣، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٣.

(٥) تقدّم في ص ١١٧.

(٦) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٣ ج ٧ ص ٤٣٢، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ٣ ج ٢١ ص ٢٢٧.

ميمون»[١].

والموثّق عن أحدهما عليهما السلام: «في خصيّ دلّس نفسه لامرأة مسلمة فتزوّجها؟ فقال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأة، ويوجع رأسه، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه»[٢].

والآخر عنه عليه السلام[٣]: «إنّ خصيّاً دلّس نفسه لامرأة؟ قال: يفرّق بينهما، وتأخذ المرأة منه صداقها، ويوجع ظهره كما دلّس نفسه»[٤].

وصحيح عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام المروي عن قرب الاسناد: «سألته عن خصيّ دلّس نفسه لامرأة، ما عليه؟ قال: يوجع ظهره، ويفرّق بينهما، وعليه المهر إن دخل بها، وإن لم يدخل فعليه نصف المهر»[٥].

وما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام: «وإن تزوّجها خصيّ فدلّس نفسه لها وهي لا تعلم فرّق بينهما، ويوجع ظهره كما دلّس نفسه، وعليه نصف الصداق، ولا عدّة عليها منه، فإن رضيت بذلك لم يفرّق بينهما،

---

(١) اختيار معرفة الرجال: ح ٧١٦ ص ٣٨٣، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٧ ص ٢٢٩).

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ٣ ج ٥ ص ٤١٠، وانظر «التهذيب» في الهامش قبل السابق: ح ٣١، و«الوسائل»: ح ١ ص ٢٢٦.

(٣) أي الصادق عليه السلام.

(٤) الكافي: (الهامش قبل السابق: ح ٦ ص ٤١١)، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٢ ج ٧ ص ٤٣٢، وسائل الشيعة: باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٢٧.

(٥) قرب الاسناد: ح ٩٨٢ ص ٢٤٨، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٥ ص ٢٢٨).

وليس لها الخيار بعد ذلك»[١].

لكن مع ذلك كلّه فعن المبسوط[٢] والخلاف[٣]: أنّه ليس بعيب ؛ لأنّه يولج ، بل ربّما كان أبلغ من الفحل ؛ لعدم فتوره ، إلّا أنّه لم ينزل ، وهو ليس بعيب ، إنّما العيب عدم الوطء.

وفي كشف اللثام: «ولعلّه يحمل الأخبار على من لا يتمكّن من الإيلاج ، وليس ببعيد»[٤].

وفيه: أنّه منافٍ لما في أكثرها من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرّح به في بعضها.

↑ ج ٣٠ ٣٢٣

نعم ، قد يقال: إنّ النصوص جميعها قد اشتملت على التدليس ، ولعلّ خيارها من جهته ، لا من حيث كونه عيباً ، كما عساه يومئ إليه ما في بعضها: «كما دلّس نفسه» الذي هو بمنزلة التعليل ، مؤيّداً ذلك: بأصالة اللزوم ، وما في النصّ الآتي من عدم ردّ الرجل بعيب[٥].

اللّهمّ إلّا أن يقال: يكفي في التدليس عدم إخباره بنفسه ، بل

---

(١) فقه الرضاعليه‌السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٧، مستدرك الوسائل: باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ١٥ ص ٥٣.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠، وفي ص ٢٦٣ و٢٦٦ أثبت لها الخيار بذلك.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٥ ج ٤ ص ٣٤٨، وفي مسألة ١٤١ ص ٣٥٧ أثبت لها الخيار بذلك.

(٤) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٣.

(٥) في ص ٥٧٦.

لو لم يكن الخصاء عيباً لم يتحقّق الخيار بتدليسه أيضاً، فتأمّل.

ولا إشكال في الوجاء مع فرض كونه فرداً منه، وإن كان مشكلاً، إلّا أن يفهم التعليل من قوله عليه‌السلام: «كما دلّس نفسه» مع أنّه بمعناه.

ومنه يستفاد: ثبوت الخيار حينئذٍ في فاقد الاُنثيين خلقةً ونحوه ممّا هو كالخصيّ ﴿و﴾ الموجوء، إن[1] يكن داخلاً فيهما.

نعم ﴿إنّما يفسخ به﴾ أي الخصاء وما في معناه ﴿مع سبقه على العقد﴾ دون المقارن فضلاً عن المتجدّد بعده وخصوصاً بعد الوطء؛ للأصل واختصاص النصوص به.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ففي المتن وغيره[2] ﴿قيل:﴾ تفسخ به ﴿وإن تجدّد﴾ بعد العقد[3] قبل الوطء، بل قيل: وبعد الوطء[4].

﴿و﴾ مع أنّه ﴿ليس بمعتمد﴾ لم نعرف دليلاً معتدّاً به له، والله العالم.

﴿و﴾ الثالث: ﴿العنن﴾ وهو ﴿مرض تضعف[5] معه القوّة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج﴾ بل لا يبعد اندراج ما كان عن سحر ـ موضوعاً أو حكماً ـ كما في كشف اللثام[6] وغيره[7]، ولعلّه المراد من

---

(١) الأولى اضافة «لم» بعدها.

(٢) كقواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٥.

(٣) «بعد العقد» جعلت جزءً من نسخة الشرائع.

(٤) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٥.

(٥) في نسخة الشرائع: يضعف.

(٦) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٣.

(٧) كجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٢٩.

بعض النصوص الآتية[١] المشتملة على أُخذة الزوج ـ بالضمّ ـ التي هي على ما قيل[٢] رقية كالسحر.

وربّما ظهر من بعضهم[٣]: اعتبار عدم شهوة النساء فيه، وفيه منع واضح.

﴿و﴾ لا إشكال في أنّه ﴿يفسخ به﴾ العقد، بل الإجماع بقسميه عليه[٤]، مضافاً إلى النصوص كخبر عبّاد الضبّي أو غياث[٥] عن أبي عبدالله عليه السلام: «في العنّين إذا علم أنّه لا يأتي النساء فرّق بينهما، فإذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرّق بينهما، والرجل لا يردّ من عيب»[٦]. ↑ ج ٣٠ / ٣٢٤

وصحيح أبي بصير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»[٧].

وعن ابن مسكان أنّه قال: «وعن حديث آخر: ينتظر سنة، فإن

---

(١) تأتي بعد أسطر.

(٢) القاموس المحيط: ج ١ ص ٦٥٨ (أخذ).

(٣) كالفيّومي في المصباح المنير: ص ٤٣٣ (عنن)، والطريحي في مجمع البحرين: ج ٦ ص ٢٨٣ (عنن).

(٤) ينظر التنقيح الرائع: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ١٨٦، ومسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠٤، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٢٧ ـ ٣٢٨، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٤.

(٥) ضبطت بـ «عباد» في الكافي والوسائل، وفي غيرهما بـ «غياث».

(٦) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ٤ ج ٥ ص ٤١٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢٥ ج ٧ ص ٤٣٠، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٢٩.

(٧) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ٥ ص ٤١١، و«الوسائل»: ح ١.

أتاها وإلّا فارقته، وإن أحبّت أن تقيم معه فلتقم معه»[١].

والموثّق عنه عليه السلام أيضاً: «أنّه سئل عن رجل أُخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها؟ قال: إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلّا برضاها بذلك، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بإمساكها»[٢].

ونحوه خبر السكوني[٣].

وصحيح الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن امرأة ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت»[٤].

وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة مرّة واحدة ثمّ أُخذ عنها فلا خيار لها»[٥].

وفي محكيّ الفقيه: «وفي خبر آخر: أنّه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد أن علمت أنّه عنّين ورضيت، لم يكن لها خيار بعد الرضا»[٦].

---

(١) انظر الهامش السابق.

(٢) انظر «الكافي» قبل ثلاثة هوامش: ح ٩ ص ٤١١، و«التهذيب»: ح ٢٢ ص ٤٢٩، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٢٣٠.

(٣) الوافي: النكاح / باب ٨٨ ح ١٤ ج ٢٢ ص ٥٧٣. نقلاً عن «الفقيه» إلّا أنّ نسخته خالية من ذلك.

(٤) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢٨ ج ٧ ص ٤٣١، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦ ج ٢١ ص ٢٣١.

(٥) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ١٠ ج ٥ ص ٤١٢، وانظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٢٣ ص ٤٣٠، و«الوسائل»: ح ٤ ص ٢٣٠.

(٦) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب حكم العنين ح ٤٨٩٨ ج ٣ ص ٥٥١، وسائل الشيعة: (الهامش قبل السابق: ح ١٠ ص ٢٣٢).

وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «العنّين يتربّص به سنة، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت، وإن شاءت أقامت»[١].

وخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام لم يكن يردّ من الحمق، ويردّ من العنن[٢]»[٣].

ج ٣٠ / ٣٢٥

وخبر أبي البختري عن أبي[٤] جعفر عن أبيه عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: يؤخّر العنن سنة من يوم مرافعة امرأته، فإن خلص إليها وإلاّ فرّق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثمّ طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها»[٥].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة عليه منطوقاً ومفهوماً، الظاهرة في أنّ لها الفسخ به ﴿وإن تجدّد بعد العقد﴾ كما هو المعروف بين الأصحاب[٦]، بل لا أجد فيه خلافاً منّا[٧]، بل الإجماع بقسميه

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢٧ ج ٧ ص ٤٣١، الاستبصار: النكاح / باب ١٥٢ العنّين وأحكامه ح ١ ج ٣ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٥ ج ٢١ ص ٢٣١.

(٢) كذا ضبطت في الوافي، وفي التهذيب والوسائل بدلها: «العسر».

(٣) تهذيب الأحكام: (الهامش قبل السابق: ح ٣٦ ص ٤٣٢)، الوافي: النكاح / باب ٨٨ ح ٢٨ ج ٢٢ ص ٥٧٧، وسائل الشيعة: باب ١٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٢٦.

(٤) ليست في الاستبصار والوسائل.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٠ ج ٧ ص ٤٣١، الاستبصار: النكاح / باب ١٥٢ العنين وأحكامه ح ٤ ج ٣ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٩ ج ٢١ ص ٢٣٢.

(٦) نسبه إلى المشهور في مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠٤.

(٧) كما في التنقيح الرائع: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ١٨٦.

عليه[١]؛ لإطلاق الأدلّة، بل لعلّه الفرد الظاهر المتجدّد ولو بالاستصحاب.

فما في جامع المقاصد من أنّه «يلوح من عبارة المبسوط عدم ثبوت الخيار به، قال: العيب الحادث بالزوج بعد العقد، فكلّ العيوب تحدث فيه إلّا العنن، فإنّه لا يكون فحلاً ثمّ يصير عنّيناً عن نكاح واحد، وعندنا لا يردّ الرجل من عيب يحدث به إلّا الجنون»[٢].

في غير محلّه، فإنّ مراده ـ بحسب الظاهر ـ ما حكي عنه في مقام آخر: «إذا تزوّج امرأة ودخل بها ثمّ عجز عن جماعها لم يحكم بأنّه عنّين، ولا تضرب له مدّة بلا خلاف»[٣] من أنّه لا عنن شرعي بعد الدخول ولو مرّة.

وعلى كلّ حال، فلا إشكال في ثبوت الخيار بالمتجدّد ﴿**لكن بشرط أن لا يطأ زوجته ولا غيرها، فلو وطئها ولو مرّة ثمّ عنّ، أو أمكنه وطء غيرها مع عننه عنها، لم يثبت لها الخيار على الأظهر**﴾ الأشهر[٤]، بل عن المبسوط[٥] والخلاف[٦]: نفي الخلاف فيه؛ للأخبار

---

(١) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤، والمهذّب البارع: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٣٦٩، ورياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٦٨.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٣٠.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤.

(٤) كما في مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٥ ـ ١٩٦، ورياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٦٩.

(٥) الهامش قبل السابق.

(٦) الخلاف: النكاح / مسألة ١٣٨ ج ٤ ص ٣٥٦.

التي سمعتها المنجبرة بما عرفت ، ولرجاء زواله حينئذٍ .

خلافاً للمحكي عن ابن زهرة[١] وظاهر المفيد[٢] : من تخييرها مطلقاً ، مدّعياً عليه أوّلهما الإجماع الموهون بما سمعت ، وللضرر وخبر الكناني وما شابهه التي يمكن حملها على غيرها من الأخبار المقيّدة .

فما في المختلف من التوقّف[٣] في غير محلّه ، كما أنّ فيما حضرني من نسخة الرياض ـ من نقل الشهرة وغيرها[٤] ـ كذلك ؛ لظهور كونه خللاً في النقل .

↑ ج ٣٠ / ٣٢٦

نعم ، الظاهر الاكتفاء بتحقّق العنن بالنسبة إليها حتّى يعلم أنّه يطأ غيرها ، لا أنّه لابدّ من عرضٍ على الغير حتّى يعلم أنّه عاجز عن وطء غيرها ، وإن كان ربّما يوهمه بعض النصوص السابقة ؛ نحو قوله عليه السلام : «إذا علم أنّه لا يأتي» ، وقوله عليه السلام : «إن كان لا يقدر...» إلى آخره ، لكنّ المراد العلم ولو بهذا الطريق ؛ ضرورة ظهور نصوص التأجيل في فسخها عند انتهاء الأجل لمجرّد عجزه عنها في الأجل مع عدم العلم بحاله في غيرها ، وحينئذٍ لا يقدح فيما ذكرنا دعوى دخول العجز عن وطء أحد في مفهوم العنن .

كما أنّ الظاهر اعتبار عدم وطئها ولو مرّة ، فلا يسقط خيارها بوطء غيرها بعد عقدها ثمّ اعتراه العنن بعد الخلوة بها أو قبله ، فإنّ النصوص

---

(١) غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤.

(٢) المقنعة: النكاح / باب التدليس ص ٥٢٠.

(٣) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

(٤) رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٤٩ و٤٦٩.

السابقة إنّما أسقطت خيارها بوطئها ولو مرّة ، لا مطلق الوطء ، وإن كان القول به لا يخلو من وجه بل قوّة .

وعلى كلّ حال ، فما عن ظاهر المفيد : من ثبوت الخيار بالعجز عن وطئها وإن تمكّن من وطء غيرها[1] منافٍ لأصالة اللزوم ، وللإجماع المحكي إن لم يكن المحصّل ، ولما سمعته من بعض النصوص ، التي لا ينافيها إطلاق بعضها المحمول عليها ، أو المبني على ما أومأنا إليه سابقاً من تحقّق العنن بالعجز عنها وعدم العلم بإمكان وطء غيرها ، ولعلّ هذا هو مراد المفيد ، وإلّا كان محجوجاً بما عرفت .

بل ﴿وكذا﴾ يسقط خيارها ﴿لو وطئها﴾ بعد العقد ﴿دبراً وعنّ قبلاً﴾ لارتفاع العنن حينئذٍ ، ولاندراجه في النصوص السابقة حينئذٍ بناءً على ما سمعته من جواز الوطء في الدبر فإنّه أحد المأتيّين .

أمّا بناءً على عدم جوازه فيشكل اندراجه فيها ، فتبقى الإطلاقات المقتضية للخيار حينئذٍ سالمة عن المعارض ، ولعلّه لذا قيّد السقوط بذلك في الروضة[2] والمسالك[3] ، بل قد يحتمل ذلك على القول بالجواز أيضاً ؛ بدعوى انسياق غيره من نصوص التقييد ، فيبقى الإطلاق سالماً .

↑ ج ٣٠ / ٣٢٧

كما أنّه قد يحتمل السقوط على الحرمة أيضاً ؛ بدعوى صدق الوقوع والإتيان ونحوهما ممّا يدخل به تحت الحكم الوضعي في

---

(١) تقدّم المصدر آنفاً.

(٢) الروضة البهيّة: النكاح / الفصل السابع ج ٥ ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٠٦.

نصوص التقييد ، مؤيّداً ذلك : بظهور عدم العنن حينئذٍ ، والله العالم .

﴿وهل تفسخ[١]﴾ المرأة ﴿بالجبّ﴾ السابق على العقد؟ ﴿فيه تردّد، منشؤه﴾ :

﴿التمسّك بمقتضى العقد﴾ المقتصر في خلافه على المنصوص عليه بخصوصه الذي هو المتيقّن ، وعدم ردّ الرجل بعيب .

ومن صدق التدليس ، وكونه بمعنى الخصاء والعنن ـ بل أعظم منهما ؛ لقدرة الأوّل على الإيلاج ، واحتمال الثاني البرء ـ والضرر ، وشمول صحيح الكناني[٢] وأبي بصير[٣] له .

﴿والأشبه تسلّطها[٤] به﴾ بل لا أجد فيه خلافاً ، بل عن المبسوط[٥] والخلاف[٦] : نفيه عنه ﴿لتحقّق العجز عن الوطء﴾ الذي بسببه يندرج في الصحيحين السابقين المؤيّدين بفحوى الخصاء والعنن وقاعدة الضرار وغيرها ، لكن ﴿بشرط أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة﴾ وإلّا فلا خيار لها قولاً واحداً[٧] ؛ لجريان جميع أحكام الوطء حينئذٍ عليه ، ولا تجري فيه أدلّة الخيار .

---

(١) في نسخة الشرائع: يفسخ.

(٢) تقدّم في ص ٥٧٧.

(٣) تقدّم في ص ٥٧٦.

(٤) في نسخة الشرائع: تسليطها.

(٥) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤.

(٦) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٤ ج ٤ ص ٣٤٦ ـ ٣٤٧.

(٧) كما في رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٤٩.

﴿و﴾ أمّا ﴿لو حدث الجبّ﴾ بعد العقد قبل الوطء أو بعد الوطء ﴿لم يفسخ[١] به﴾ وفاقاً لما عن جماعة منهم ابن إدريس[٢] والفاضل في الإرشاد[٣] وموضع من التحرير[٤] والخلاف[٥] وموضع من المبسوط، بل في الأخير: «عندنا أنّه لا خيار فيه»[٦]؛ لأصالة اللزوم، ولكونه كالخصاء الذي قد عرفت اشتراط سبقه.

﴿وفيه قول آخر﴾ محكيّ عن القاضي[٧] والفاضل في التلخيص[٨] وموضع من التحرير[٩]: أنّها تتسلّط به حتّى لو حدث بعد الوطء فضلاً عمّا قبله، بل في محكيّ المبسوط: نفي الخلاف فيه بيننا وبين غيرنا[١٠]؛ ولعلّه لقاعدة الضرار وشمول الصحيحين.

↑ ج ٣٠ / ٣٢٨

ولا ينافي ذلك عدم ثبوت الحكم في العنن والخصاء؛ ضرورة عدم ملازمة اشتراكه معهما في الفسخ في حال لاشتراكه[١١] معهما في عدمه

---

(١) في نسخة المسالك: لم تفسخ.

(٢) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٢.

(٣) إرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٨.

(٤) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٣.

(٥) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٧ ج ٤ ص ٣٤٩.

(٦) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٧) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٨) تلخيص المرام: النكاح / الفصل السابع ص ٢٠٣.

(٩) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٧.

(١٠) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤.

(١١) في بعض النسخ: اشتراكه.

في الحال الآخر ، لإمكان استقلاله بدليل يقتضي اختصاصه بذلك ، لنفي الخلاف فيما سمعته من المبسوط وغيره .

وربّما قيل : بالتفصيل بين ما قبل الوطء وبعده ؛ للأصل ، والتصرّف المسقط للخيار ، ولما سمعته من النصوص المقيّدة لإطلاق ما دلّ على الخيار بما إذا لم يطأ ولو مرّة ، وإلّا كانت المرأة مبتلاة فلتصبر ، ومن هنا يقوى لحوق حكم العنن له ، وأمّا الزيادة فلم تثبت ، ونفي الخلاف المزبور من الشيخ موهون بما سمعته منه ، فضلاً عن تبيّنه بالنسبة إلى كلمات الأصحاب .

وعلى كلّ حال ، فلو قلنا بثبوته بتجدّده بعد العقد ـ قبل الوطء أو بعده ـ ففي القواعد : «أنّ الأقرب عدم فسخها لو كان قد صدر منها ذلك عمداً»[1] .

ولعلّه لأنّها حينئذٍ هي التي فوّتت على نفسها الانتفاع ، كما لا خيار للمشتري لو أتلف المبيع أو عيّبه ، فتبقى حينئذٍ أصالة اللزوم سالمة عن قاعدة الضرر وغيرها .

وربّما احتمل[2] : الثبوت أيضاً ، بل هو خيرة بعض العامّة[3] ؛ لأنّه كهدم المستأجر الدار المستأجرة له ، وللعموم ، وعدم استلزام رضاها

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٥.

(٢) كما في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٣.

(٣) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٧٠، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٣، التهذيب (للبغوي): ج ٥ ص ٤٥٧.

بالعيب رضاها بالنكاح معه.

وفيه: منع عموم يشمل الفرض، والخيار على خلاف الأصل، والقياس باطل عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه، والله العالم.

﴿ولو بان﴾ الزوج أو الزوجة ﴿خنثى﴾ واضحاً ولو بأحد الأمارات المعتبرة ﴿لم يكن﴾ له ولا ﴿لها الفسخ﴾ لأصالة اللزوم، وقوله عليه السلام في الخبر السابق: «وليس يردّ الرجل من عيب»[1]، ولأنّه حينئذٍ كزيادة إصبع أو ثقبة.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في موضع من المبسوط[2]: ﴿لها ذلك﴾ للنفرة ﴿وهو تحكّم﴾ واضح ﴿مع﴾ فرض ﴿إمكان الوطء﴾ الذي هو المقصود في النكاح، ومن هنا حكي عن الشيخ في مواضع أُخر التصريح بعدم كونه عيباً[3]. وكون الأمارات ظنّيّة لا تقضي بذلك بعد أن كانت معتبرة عند الشارع على وجهٍ تشخّص الموضوع وتجري عليه أحكامه.

↑ ج ٣٠ / ٣٢٩

أمّا لو فرض كونه مشكلاً فالنكاح باطل من أصله؛ لعدم العلم بحصول شرطه، فالأصل بقاء البضع بحاله. وما وقع من الشيخ في المواريث ـ من أنّ للزوج إذا كان كذلك نصف النصيبين[4] ـ سهو من

---

(١) تقدّم في ص ٥٧٦ (النقل بالمضمون).

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٣ و ٢٦٦.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٥٠، الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٥ ج ٤ ص ٣٤٨.

(٤) المبسوط: الفرائض / ميراث الخنثى ج ٤ ص ١١٧.

القلم، والله العالم.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لا يردّ الرجل بعيب غير ذلك﴾ الذي قدّمناه وفاقاً للمشهور[١]؛ للأصل، وحرمة القياس عندنا، وقوله عليه السلام في المعتبر ـ بوجود من أُجمع على تصحيح ما يصحّ عنه في سنده[٢]، أو لانجباره بالشهرة بالنسبة إلى ذلك ـ: «وليس يردّ الرجل من عيب»[٣].

خلافاً لما عن القاضي في المهذّب: فردّه بالجذام والبرص والعمى[٤]، وأبي علي: بها وبالعرج والزنا[٥].

ولم أعرف أحداً وافقهما على ذلك عدا جماعة من المتأخّرين في خصوص الجذام والبرص[٦]؛ لصحيح الحلبي[٧]، والأولويّة، وقاعدة الضرر بالعدوى ونحوها، مع ما في المسالك من المناقشة في الخبر المزبور: سنداً ودلالةً؛ لمعلوميّة ثبوت عيب في الرجل يردّ به[٨].

---

(١) كما في نهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٢٩، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٥.

(٢) كصفوان بن يحيى. انظر اختيار معرفة الرجال: رقم ١٠٥٠ ص ٥٥٦.

(٣) تقدّم في ص ٥٧٦ (النقل بالمضمون).

(٤) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣١.

(٥) نقل أكثرها عنه في مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٨٣ و١٨٤ و٢٠٦، وكلّها في مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١١٠.

(٦) كالشهيد الثاني في المسالك: (انظره في الهامش السابق)، واستحسنه العلّامة في المختلف: (انظره في الهامش السابق: ص ١٨٤ ـ ١٨٥)، ومال إليه في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٦.

(٧) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٨) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١١١.

لكن قد عرفت الحال في ذلك كلّه سابقاً، على أنّ العدوى ـ مع اقتضائها التعدية إلى كلّ مرض معدٍ، ممّا لا يقول به الخصم ـ يمكن رفعها بإيجاب التجنّب.

فالأقوى عدم الخيار بهما حينئذٍ مع سبقهما على العقد، فضلاً عمّا لو تجدّدا بعده وخصوصاً بعد الوطء، وفضلاً عن غيرهنّ ممّا لم نعرف للقائل به دليلاً:

عدا دعوى الأولويّة من الامرأة، الممنوعة على مدّعيها.

وعدا بعض النصوص[1] في الزاني زوجها بعد العقد قبل الدخول، المعارضة بأقوى منها[2] في ذلك أيضاً بوجوه، منها الشهرة العظيمة ـ إن لم يكن إجماعاً ـ على عدم تسلّطها على الفسخ بذلك، كما قد تقدّم الكلام فيها سابقاً، والله العالم.

ج ٣٠ / ٣٣٠

هذا كلّه في الرجل.

﴿و﴾ أمّا ﴿عيوب المرأة﴾ فهي ﴿سبعة: الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والعرج[3]﴾.

﴿أمّا الجنون﴾ الذي لا خلاف[4] نصّاً وفتوى في كونه عيباً فيها، بل

---

(١) وسائل الشيعة: باب ١٧ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ و٣ ج ٢١ ص ٢٣٦ و٢٣٧.

(٢) المصدر السابق: ح ١ و٤ ص ٢٣٦ و٢٣٨.

(٣) في نسخة الشرائع: والإفضاء والعرج والعمى.

(٤) كما في نهاية المرام: النكاح / في العيب ج ١ ص ٣٣٠، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧١ ج ٢ ص ٣٠٧، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٠.

الإجماع بقسميه عليه[١] ﴿فـ﴾ـقد عرفت أنّه ﴿هو فساد العقل﴾ وإن كان فنوناً «من الجنان أو الجِنّ أو الجَنّ، فالمجنون: من أُصيب جنانه أي قلبه، أو أصابته الجنّ، أو حيل بينه وبين عقله فستر عقله» كما في كشف اللثام[٢].

والظاهر أنّه من الأخير، بل لعلّ الأوّلين منه أيضاً؛ لما فيهما من الستر.

﴿و[٣]﴾ أنّه ﴿لا يثبت الخيار مع السهو السريع زواله﴾ وإن كثر؛ لعدم كونه من الجنون ﴿ولا مع الإغماء العارض مع غلبة المرّة[٤]﴾ ونحوها ممّا لا يصدق معه اسم الجنون.

﴿وإنّما يثبت الخيار فيه﴾ أي الإغماء ونحوه ﴿مع استقراره﴾ لكونه حينئذٍ منه وإن سمّي باسم آخر عرفاً كما سمعته فيما تقدّم، واحتمال[٥]: عود الضمير إلى المجنون يدفعه: أنّه لا فرق فيه ـ بعد صدق اسمه نصّاً وفتوى ـ بين المستقرّ وغيره والمطبق والأدواري.

ولعلّ الأولى من ذلك كلّه: إيكال الأمر إلى العرف الصحيح، القاضي بكونه بفنونه عيباً.

---

(١) ينظر غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤، وجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢١٩، ورياض المسائل: النكاح / في العيب ج ١١ ص ٤٥٣.
(٢) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٥٩.
(٣) في نسخة الشرائع: فـ.
(٤) تقدّم المراد منها في ص ٥٦٥.
(٥) كما في مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١١٢.

﴿وأمّا الجذام فهو﴾ المرض السوداوي ﴿الذي يظهر معه يبس الأعضاء وتناثر اللحم، و﴾ لابدّ أن يكون بيّناً فـ﴿لا يجزي[١] قوّة الاحتراق ولا تعجّر الوجه﴾ أي غلظ وضخم، وصار ذا عُجَر: أي عُقَد ﴿ولا استدارة العين﴾ إذا لم يعلم كونه منه، وإلّا فسخ بها؛ لعدم اعتبار الاستحكام فيه عندنا بعد تحقّقه، لإطلاق النصّ[٢] والفتوى.

نعم، عن بعض العامّة: اعتباره ـ ضابطاً له ـ في الجذام بالتقطّع، وفي البرص بالوصول إلى العظم، بحيث إذا فرك فركاً شديداً لا يحمرّ[٣].

ج ٣٠ / ٣٣١

واحتمال: حمل عبارة المتن وما شابهها على اعتبار ذلك ـ وأنّ عدم إجزاء الاحتراق وتعجّر الوجه واستدارة العين لكون ذلك ابتداءه قبل استحكامه ـ يدفعه: وضوح بطلانه؛ لتعليق الحكم نصّاً وفتوى على الاسم.

وعلى كلّ حال، لو اختلفا فالقول قولها إلّا أن يشهد به عدلان.

﴿وأمّا البرص فهو﴾ لغةً[٤] وعرفاً ﴿البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم﴾.

وعند الأطبّاء: «أو السواد كذلك لغلبة السوداء»[٥]، لكن قد يمنع

---

(١) في نسختي الشرائع والمسالك: لا تجزي.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٠٧.

(٣) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٦٧ ـ ١٦٨، مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٢، فتح الوهّاب: ج ٢ ص ٨٣، فتح المعين: ج ٣ ص ٣٨٢.

(٤) القاموس المحيط: ج ٢ ص ٤٣٣ (برص).

(٥) القانون في الطب: ج ٣ ص ٢٨٢.

تسلّط الفسخ به؛ للأصل، وعدم الصدق عرفاً وإن سلّم اشتراكه معه في العلامات، فإذاً[١] ذلك أعمّ، وستسمع التعبير بالبياض في خبر البصري.

وكيف كان، فلا اعتبار بالبهق الذي فرّق[٢] بينه وبين البرص مع كونهما أبيضين: بأنّ البرص غائر في اللحم إلى العظم دونه، ومن علاماته: أنّه إذا غرز في الموضع إبرة لم يخرج دم بل ماء أبيض، وإن ذلك لم يحمرّ إذاً[٣]، ويكون جلده أنزل وشعره أبيض. وإذا كانا أسودين: بأنّ البرص يوجب تفليس الجلد كما يكون للسمك.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا يقضي بالتسلّط﴾ على الفسخ ﴿مع الاشتباه﴾ للأصل وغيره.

﴿وأمّا القرن﴾ بالسكون أو الفتح ﴿فقد قيل:﴾ إنّه لحم ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء، و﴿هو﴾ المسمّى بـ﴿العفل﴾ بل في كشف اللثام: «هو المعروف عند أهل اللغة»[٤].

وفي محكيّ المبسوط: «قال أهل الخبرة: العظم لا يكون في الفرج، لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها، وهو الذي يسمّى العفل»[٥].

وفي صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: «المرأة

---

(١) تحتمل بعض النسخ: فإنّ.

(٢) كما في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٦ ـ ٣٦٧.

(٣) ليست في بعض النسخ.

(٤) الهامش قبل السابق: ص ٣٦٧.

(٥) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠.

تردّ من أربعة أشياء : من البرص والجذام والجنون والقرن ـ وهو العفل ـ ما لم يقع عليها ، فإذا وقع عليها فلا»[١].

ومضمر البصري : «في الرجل إذا تزوّج المرأة فوجد بها قرناً ـ وهو العفل ـ أو بياضاً أو جذاماً أنّه يردّها ما لم يدخل بها»[٢].

ج ٣٠ / ٣٣٢

﴿و﴾ من ذلك كلّه يعرف ضعف ما ﴿قيل[٣]﴾ من أنّه ﴿عظم﴾ كالسنّ ﴿ينبت في الرحم يمنع﴾ من ﴿الوطء﴾ كما عن النهاية[٤] والصحاح[٥] والجمهرة[٦] ﴿و﴾ يعرف أيضاً أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ .

نعم يمكن دعوى عمومه لهما ، كما عساه يشهد له ما عن المغرب : «القرن في الفرج : مانع يمنع من سلوك الذكر فيه ، إمّا غدّة غليظة أو لحمة مرتفعة[٧] أو عظم»[٨].

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٦ ج ٥ ص ٤٠٩، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٤ ج ٧ ص ٤٢٧، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٠٧.

(٢) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٢ ج ٥ ص ٤٠٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٣ ج ٧ ص ٤٢٧، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢١٥.

(٣) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: هو.

(٤) النهاية: ج ٤ ص ٥٤ (قرن).

(٥) ليس في الصحاح ـ باستثناء العبارة الآتية ـ ما يرتبط بمطلبنا إلّا قوله: «واختصم إلى شريح في جارية بها قرن فقال: اقعدوها؛ فإن أصاب الأرض فهو عيب، وإن لم يصب الأرض فليس بعيب». الصحاح: ج ٦ ص ٢١٨٠ (قرن).

(٦) جمهرة اللغة: ج ٢ ص ٤٠٨ (قرن).

(٧) في المصدر بدلها: مرتتقة.

(٨) المغرب: ص ٢١٠ (قرن).

وفي الصحاح: «والقرن: العفلة الصغيرة»[١]، و«العفل والعفلة ـ بالتحريك فيهما ـ: شيء يخرج من قُبُل النساء وحياء الناقة شبيه بالأُدرة التي للرجال، والمرأة عفلاء»[٢].

وفي النهاية بعد تفسيره بالعظم: «ويقال له: العفل»[٣].

كما أنّه يمكن دعوى مشاركة نبات العظم له في الحكم المعلوم وإن لم يكن قرناً ولا عفلاً؛ بدعوى: كون العلّة فيه المنع من الوطء، خصوصاً بعد خبر أبي الصباح الكناني: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل تزوّج امرأة فوجدها قرناء؟ قال: هذه لا تحبل، ولا يقدر زوجها على مجامعتها، يردّها على أهلها صاغرة، ولا مهر لها...»[٤] المشعر بذلك.

وكأنّ هذا الخلاف قليل الجدوى بعد تصريح النصوص[٥] بكون القرن عيباً والعفل كذلك، فالحكم ثابت على تقديري الاتّحاد والتعدّد وإن زاد عدد العيوب على الثاني دون الأوّل، وهي ليست ثمرةً معتدّاً بها.

---

(١) الصحاح: ج ٦ ص ٢١٨٠ (قرن).

(٢) الصحاح: ج ٥ ص ١٧٦٩ (عفل).

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

(٤) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٨ ج ٥ ص ٤٠٩، الاستبصار: النكاح / باب ١٥١ العيوب الموجبة للردّ ح ١١ ج ٣ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ٢١ ص ٢٠٨.

(٥) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٠٧.

وكيف كان ﴿فإن﴾ منع من الوطء فسخ به إجماعاً بقسميه[١] ونصوصاً[٢].

وإن ﴿لم يمنع الوطء، قيل﴾ والقائل الشيخ[٣] والقاضي[٤] بل في المسالك نسبته إلى الأكثر[٥]: ﴿لا يفسخ به؛ لـ﴾لأصل، والاحتياط، وانتفاء الضرر بـ﴿إمكان الاستمتاع﴾ وصحيح عبد الرحمن السابق المراد منه ـ على الظاهر ـ أنّه إذا وقع عليها أمكنه الوطء ولا خيار، وإشعار خبر أبي الصباح المتقدّم.

↑ ج ٣٠ / ٣٣٣

قيل: «ولا ينافيه ما في ذيله: (قلت: فإن كان دخل؟ قال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها ـ يعني المجامعة ـ ثمّ جامعها فقد رضي بها، وإن لم يعلم إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك وإن شاء طلّق) لإمكان إرادة المجامعة في غير القبل»[٦]، هذا.

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿لو قيل بالفسخ﴾ به مطلقاً ﴿تمسّكاً بظاهر النقل أمكن﴾ بل هو الأقوى؛ لإطلاق الأدلّة، حتّى خبر عبد الرحمن الظاهر في أنّ له الفسخ ما لم يطأ وإن كانت قابلة له، بل في صحيح

---

(١) ينظر جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٣٨، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٧، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٦١ ـ ٣٦٢.

(٢) انظر الهامش قبل السابق.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٠.

(٤) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٤.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١١٥.

(٦) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٨ (بتصرّف).

أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام : «في رجل تزوّج امرأة من وليّها ، فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها؟ فقال : إذا دلّست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها من زمانة ظاهرة فإنّها تردّ على أهلها من غير طلاق . . .»[1]، وذيل خبر أبي الصباح الذي لا يخفى ما في حمله سابقاً من البعد ، ولعلّ الأولى حمله على عدم التمكّن من كمال المجامعة ، وكذا خبر الحسن بن صالح الذي تسمعه .

لكن في المسالك : «هذا القول قويّ إن لم يكن الإجماع على خلافه ؛ إذ لا يظهر به قائل صريحاً ، كما يظهر من قوله : (ولو قيل . . .)»[2] إلى آخره .

قلت : ولعلّه الموافق لإطلاق الأكثر كما اعترف به في كشف اللثام[3]، فلا محيص حينئذٍ عنه بعد ما عرفت .

نعم ، يمكن اعتبار عدم التمكّن فيه من كمال المجامعة فيه الذي قد سمعت ظهور خبر أبي الصباح السابق فيه ونحوه ، وخبر الحسن ابن صالح : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرناً؟ قال : هذه لا تحبل ، وينقبض زوجها عن مجامعتها ، تردّ

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٤ ج ٥ ص ٤٠٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٠ ج ٧ ص ٤٢٥، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢١١.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١١٦.

(٣) تقدّم المصدر آنفاً.

على أهلها . قلت : فإن كان دخل بها؟ قال : إن علم بها قبل أن يجامعها ثمّ جامعها فقد رضي بها ، وإن لم يعلم بها إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك ، وإن شاء سرّحها إلى أهلها ، ولها ما أخذت منه بما استحلّ من فرجها»[١] .

ج ٣٠ / ٣٣٤

بل ربّما احتمل تنزيل كلام الكلّ عليه ، فلا خلاف حينئذٍ في المسألة ، فيراد حينئذٍ ممّا في النصّ والفتوى «عدم القدرة على الجماع في العفل» و«الانقباض» أنّه لا يتمكّن من كماله لكونه ثابتاً في قعر الرحم ، فيمنع من ولوج الذكر ووصوله إلى محلّه ، ولذا لم تحبل العفلاء غالباً ، وكان فيه كمال الضرر باعتبار نقصان الاستمتاع والتلذّذ فضلاً عن غيرهما ، فناسب إطلاق تسلّط الزوج على الفسخ ، وإلّا كان محجوجاً بما عرفت .

﴿وأمّا الإفضاء فهو تصيير المسلكين واحداً﴾ كما تقدّم الكلام فيه مفصّلاً[٢] ، ولا خلاف[٣] في كونه عيباً ، بل الإجماع بقسميه عليه[٤] ،

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٧ ج ٥ ص ٤٠٩، من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٩ ج ٣ ص ٤٣٣، وسائل الشيعة: باب ٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ٣ ج ٢١ ص ٢١٥.

(٢) في ج ٣٠ ص ٧٧٠.

(٣) كما في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٣٩، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٢، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧١ ج ٢ ص ٣٠٧، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٦٥.

(٤) نقل الإجماع في غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤.

مضافاً إلى الصحيح السابق[١].

﴿وأمّا العرج ففيه تردّد﴾ منشؤه:

من أصالة اللزوم، وحصر العيب في غيره في الصحيح[٢] وغيره[٣]، بل هو ظاهر مفهوم العدد في غيره[٤] أيضاً.

ومن صدق الزمانة التي سمعت حكمها في صحيح أبي عبيدة السابق[٥]، وصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتزوّج المرأة، فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء؟ قال: تردّ على وليّها، ويكون لها المهر على وليّها، وإن كان بها زمانة لا يراها الرجال أُجيز شهادة النساء عليها»[٦]. وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «تردّ البرصاء والعمياء والعرجاء والجذماء»[٧].

← وانظر المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩، والمهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣١، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٢، وتحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٤ ـ ٥٣٥، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل السابع ص ١٩٨.

(١) في ص ٥٩٤.

(٢) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٣) وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٠٧.

(٤) كصحيح عبد الرحمن المتقدّم في ص ٥٩٠ ـ ٥٩١.

(٥) في ص ٥٩٤.

(٦) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٥ ج ٧ ص ٤٢٤، الاستبصار: النكاح / باب ١٥١ العيوب الموجبة للردّ ح ٥ ج ٣ ص ٢٤٦، وسائل الشيعة: أورد صدره في باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦، وذيله في باب ٤ منها ح ١ ج ٢١ ص ٢١٣ و ٢١٦.

(٧) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٧ ج ٣ ص ٤٣٣، ←

بل وخلاف بين الأصحاب ﴿أظهره﴾ عند المصنّف والفاضل في القواعد[١] والإرشاد[٢] ﴿دخوله في أسباب الفسخ إذا بلغ الإقعاد﴾ .

↑ ج ٣٠ / ٣٣٥

خلافاً لما عساه يظهر من الخلاف[٣] والمبسوط[٤] والمهذّب[٥]: من عدم كونه عيباً مطلقاً.

ولما عن الإسكافي[٦] والشيخين في المقنعة[٧] والنهاية[٨] وسلّار[٩] وأبي الصلاح[١٠] وابن البرّاج في الكامل[١١] وابن حمزة[١٢]: من إطلاق كونه عيباً، بل لعلّه ظاهر الفقيه[١٣] أيضاً، بل وموضع من المقنع[١٤].

← وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧ ج ٢١ ص ٢٠٩.

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٦.

(٢) إرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٨.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٤ ج ٤ ص ٣٤٦.

(٤) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩.

(٥) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣١.

(٦) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٨٦ ـ ١٨٧.

(٧) المقنعة: النكاح / باب التدليس ص ٥١٩.

(٨) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٩) المراسم: النكاح / شرائط الأنكحة ص ١٥٠.

(١٠) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٥.

(١١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٨٦ ـ ١٨٧.

(١٢) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١.

(١٣) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٧ ج ٣ ص ٤٣٣.

(١٤) المقنع: باب النكاح ص ٣١٤.

وقيل[١]: بل إليه يرجع ما في المختلف[٢] ومحكيّ السرائر[٣] والتحرير[٤] وإن قيّدوه بالبيّن الذي يمكن إرادته للأصحاب أيضاً؛ ولذا قال ابن إدريس: «وألحق أصحابنا عيباً ثامناً وهو العرج البيّن، ذهب إليه شيخنا في نهايته»[٥] مع خلوّ عبارة النهاية بل وغيرها من التقييد بالبيّن.

ولعلّ الوجه فيه: ـ مضافاً إلى استبعاد كون مطلق العرج عيباً ـ وصف الزمانة بالظاهرة في صحيح أبي عبيدة[٦].

بل في جامع المقاصد: «الظاهر أنّ المراد بالإقعاد ـ في المتن والقواعد ـ والعرج البيّن واحد، وهو أن يكون فاحشاً لا يستطيع معه التردّد في العادة إلّا بالمشقّة الكثيرة، فلا تردّ بالعرج اليسير، وهو الذي لا يكون كذلك».

بل قال: «وهذا هو المختار؛ لأنّ في صحيحة داود بن سرحان: (وإن كان بها زمانة) وظاهرها أنّ الردّ منوط بالزمانة، ومفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحقّقين، وكذا رواية أبي عبيدة، مع أنّ المطلق يجب حمله على المقيّد، والاقتصار في المخالف للأصل على موضع

---

(١) كما في كفاية الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٢.

(٢) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٨٧.

(٣) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٣.

(٤) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٥.

(٥) المصدر قبل السابق.

(٦) تقدّم في ص ٥٩٤.

اليقين أقرب»[١].

وإن كان فيه ما لا يخفى، بل ما كنّا لنؤثر أن يقع مثل ذلك من مثله.

وكذا ما وقع من الفاضل الاصبهاني، فإنّه ـ بعد أن ذكر صحيح أبي عبيدة دليلاً لاعتبار الإقعاد ـ قال: «فإنّ المعهود من الزمانة ما تؤدّي إلى الإقعاد، والوصف بالظهور يدلّ على العدم مع الخفاء فضلاً عن العرج الذي لا يبلغ الإقعاد، بل الظاهر من الزمانة الغير الظاهرة ذلك».

«هذا مع كون الخيار على خلاف الأصل والاحتياط، ووقوع الخلاف في مطلق العرج، فلنقتصر منه على هذا النوع منه، وكونه نوعاً منه لأنّ العرج في الأصل هو الميل، وإنّما سمّي به الآفة المعهودة لميل الرِّجل أو عضو منها عن مكانه أو عن الاستقامة في المشي ونحوه، والميل يتحقّق في الإقعاد»[٢].

ج ٣٠ ٣٣٦

ولكنّ الجميع كما ترى؛ فإنّ الاستبعاد ـ بعد مجيء الدليل المعتبر ـ في غير محلّه، كالاستناد إلى الأصل والعموم الذي يجب الخروج عنهما به.

والزمانة أمر آخر غير العرج، ومنها ما تكون خفيّة لا يطّلع عليها إلّا النساء، ولذا حكي عن الصدوق: أنّه جعل الزمانة غير العرج فأثبت الخيار بها دونه[٣]، فليس النصوص حينئذٍ من باب الإطلاق والتقييد.

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

(٢) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.

(٣) المقنع: باب النكاح ص ٣١١ و٣١٤.

على أنّ وصفها بالظهور في الصحيح[١] لإرادة الردّ بها من غير حاجة إلى شهادة النساء، بخلاف الخفيّة فإنّها تجوز فيها شهادة النساء كما أوضحه الصحيح الآخر[٢].

وجواب الشرط «أُجيز شهادة النساء»[٣]، ومفهومها: عدم جواز شهادتهنّ في الظاهرة التي يمكن اطّلاع الرجال عليها.

وفي محكيّ المصباح أنّ «الزمانة: مرض يدوم زماناً طويلاً»[٤]، وفي الصحاح: «الزمانة: آفة تكون في الحيوانات، ورجل زمن: أي مبتلى بيّن الزمانة»[٥]، وليس في شيء ممّا عثرنا عليه[٦] تفسيرها بخصوص الإقعاد، بل لعلّ تقييدها بالظهور في صحيح أبي عبيدة وبأنّه لا يراها الرجال في صحيح داود يقضي بخلاف ذلك.

فالأقوى كون العرج مطلقاً عيباً إلّا أن لا يكون بيّناً على وجهٍ لا يعدّ عيباً عرفاً، ولعلّ هذا هو مراد من قيّده بالبيّن، لا وصوله إلى حدّ الإقعاد. نعم، قد يستفاد من فحواه ومن الزمانة كون الإقعاد أيضاً عيباً آخر أيضاً، والله العالم.

---

(١) تقدّم في ص ٥٩٤.

(٢ و٣) تقدّم في ص ٥٩٦.

(٤) المصباح المنير: ص ٢٥٦ (زمن).

(٥) الصحاح: ج ٥ ص ٢١٣١ (زمن).

(٦) ليست في بعض النسخ.

﴿وقيل﴾ بل في كشف اللثام: أنّه المشهور[١]، بل لم نعرف أحداً تردّد فيه قبل المصنّف ولا بعده على ما اعترف به بعض الفضلاء[٢]: ﴿الرتق أحد العيوب المسلّطة على الفسخ﴾.

﴿وربّما كان﴾ ذلك ﴿صواباً إن منع[٣] الوطء أصلاً؛ لفوات الاستمتاع﴾ حينئذٍ ﴿إذا لم يمكن إزالته أو أمكن وامتنعت من علاجه﴾ والفرض عدم وجوبه عليها.

للأصل، والعسر والحرج، ولما في خبر أبي الصباح[٤] والحسن بن صالح[٥] ممّا هو كالتعليل للردّ بالعفل والقرن بعدم القدرة على الجماع.

ج ٣٠ / ٣٣٧

بل الظاهر دخوله في العفل؛ لأنّه هو كون الفرج ملتحماً على وجهٍ ليس للذكر مدخل فيه، ومن هنا حكم في التحرير ـ على ما قيل[٦] ـ بمرادفته له[٧].

بل لعلّ الخبرين المزبورين قاضيان بالخيار فيه إذا لم يمكن الزوج الوطء، وإن أمكن لغيره ممّن هو صغير الآلة.

فما في المسالك: من نفي الخيار مع عدم بلوغ الارتتاق حدّ المنع

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٠.

(٢) المصدر السابق: ص ٣٧١.

(٣) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: من.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٢.

(٥) تقدّم في ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥.

(٦) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧١.

(٧) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٤.

من الوطء ولو لصغير الآلة[١]، في غير محلّه؛ لما عرفت من دخوله في العفل موضوعاً أو حكماً.

وكأنّه تبع بذلك ما في جامع المقاصد من أنّه «لا شبهة في أنّ الخيار إنّما يثبت بالرتق إذا كان مانعاً من الوطء، صرّح بذلك المحقّقون، ووجهه: بقاء مقصود النكاح، فلو ارتتق المحلّ وبقي منه ما يمكن معه الوطء فلا خيار وإن كان لصغر آلته، بخلاف العدم»[٢].

وهو ـ مع كونه مفروضاً في الزوج المتمكّن لصغر آلته ـ فيه أيضاً: أنّه منافٍ لدخوله تحت العفل موضوعاً أو حكماً، وقد عرفت أنّ الخيار به متى منع من الوطء أو كماله، فمثله يأتي هنا حينئذٍ.

بل عن الغزالي من العامّة: إلحاق ضيّق المنفذ زائداً على المعتاد ـ بحيث لا يمكن وطؤها إلّا بإفضائها ـ به[٣]. ولا بأس به.

وعن بعضهم[٤]: التفصيل بين احتمالها وطء نحيف الآلة وعدمه، فلا فسخ في الأوّل دون الثاني. ومرجعه إلى ما سمعته من المسالك، وفيه ما عرفت.

وأوضح منه فساداً ما عن آخر[٥] منهم أيضاً: من التفصيل في الرجل أيضاً بنحو ذلك؛ أي بين من لا تسع حشفته امرأة أصلاً ومن تسع له بعض النساء؛ إذ هو كما ترى.

---

(١) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٠.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٤٤.

(٣ ـ ٥) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٣، روضة الطالبين: ج ٧ ص ١٦٢.

ثمّ إنّ ظاهر قول المصنّف: «وامتنعت...» إلى آخره عدم الخيار مع رضاها، كما صرّح به في المسالك[١]. وفيه منع، خصوصاً على تقدير اندراجه في العفل.

وعلى كلّ حال، ففي القواعد[٢] وغيرها[٣]: أنّه ليس للزوج إجبارها على علاجه، ولعلّه: للحرج، وانتفاء الضرر عنه بالخيار. بل في المسالك: «لأنّ ذلك ليس حقّاً له، كما أنّها لو أرادته لم يكن له منعها؛ لأنّه تداوٍ لا تعلّق له به»[٤]، فتأمّل، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لا تردّ المرأة بعيب غير هذه السبعة﴾ التي منها العمى، فإنّه موجب للخيار أيضاً، بلا خلاف صريح أجده فيه[٥]، بل عن المرتضى[٦] وابن زهرة[٧]: الإجماع عليه، وهو الحجّة مضافاً إلى صحيح داود السابق[٨]، الذي بهما يخصّ الأصل ومفهوم حصر العيب

↑ ج ٣٠ / ٣٣٨

(١) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢١.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٧.

(٣) كجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٤٥، ومسالك الأفهام: (الهامش قبل السابق)، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٤.

(٤) تقدّم المصدر آنفاً.

(٥) صرّح بالحكم في النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٠، والمهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣١، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٢، وإرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٨، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل السابع ص ١٩٨.

(٦) الناصريّات: مسألة ١٥٨ ص ٣٣٧.

(٧) غنية النزوع: النكاح / الفصل الخامس ص ٣٥٤.

(٨) تقدّم في ص ٥٩٦.

في غيره[١] كمفهوم العدد[٢].

فما عساه يظهر من نسبة الخيار فيه إلى بعض الأصحاب في محكيّ المبسوط[٣] من المنع، في غير محلّه؛ لما سمعت. بل هو كذلك وإن كانتا مفتوحتين بلا انضمام ولا نقط بياض ونحوه؛ للإطلاق، وإن كان قد يقال: إنّ أصل العمى يدلّ على الستر والتغطية.

نعم، لا اعتبار بالعور؛ لخروجه عن المتفاهم من العمى، مع الأصل والاحتياط وصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يتزوّج الأمة إلى قوم، فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له؟ قال: لا تردّ...»[٤].

ثمّ لا يخفى عليك: أنّ تعدادها سبعة مبنيّ على جعل القرن والرتق والعفل واحداً، والإقعاد والعرج كذلك، والأمر سهل بعد وضوح الحكم.

إنّما الكلام في الردّ بغيرها كزنا المرأة قبل دخول الزوج بها، الذي أثبت الخيار به الصدوق[٥]؛ لقول عليّ عليه السلام: «في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها يفرّق بينهما ولا صداق لها؛ لأنّ الحدث كان من قبلها»[٦].

بل مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده، الذي أثبت به الخيار الإسكافي[٧]؛ للخبر السابق، وللمرسل عنه عليه السلام أيضاً: «أنّه فرّق

(١) كصحيح الحلبي المتقدّم في ص ٥٦٦.

(٢) كصحيح عبد الرحمن المتقدّم في ص ٥٩٠ ـ ٥٩١.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٤٩.

(٤) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٥) المقنع: باب النكاح ص ٣٢٦.

(٦) تقدّم في ص ٢٠٤.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٦.

بين رجل وامرأة زنى قبل دخوله بـها»[١]. ولخـبر عـبد الرحـمن بـن أبي عبد الله عن الصادق عليه‌السلام : «سألته عن رجل تزوّج امرأة، فعلم بعد ما تزوّجها أنّها كانت زنت؟ قال: إن شاء زوجها أخـذ الصـداق مـمّن زوّجها، ولها الصداق بما استحلّ من فرجـها...»[٢]. ونـحوه صـحيح معاوية بن وهب[٣] وحسن الحلبي[٤].

ج ٣٠ / ٣٣٩

وكالحدّ بالزنا، الذي أثبت الخيار فيه للزوج أكثر القدماء على ما في المسالك[٥]؛ للحرج بالنفرة والعار، وللخبر السابق[٦].

وكوجدان الزوجة مستأجرة إجارة عين، الذي أثـبت الخـيار بـه الماوردي من العامّة، بل قال: لا يسقط برضا المسـتأجر بـالتمتّع بـها نهاراً؛ لأنّه تبرّع قد يرجع به[٧].

إلّا أنّ الجميع كما ترى بعد أن علمت منه عدم دوران الخيار عـلى الضرر ونحوه ممّا يمكن جبره بالطلاق، وإنّما هو تعبّد بالأدلّة الخاصّة، وليس شيء ممّا سمعته كذلك؛ لأنّه بين غير صالح للحجّة ـ لضعف في السند، وإعراض من المعظم، ومعارضة بما هو أقوى منه ممّا تقدّم سابقاً

---

(١) أرسله في مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٢.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٩ ج ٧ ص ٤٢٥، الاستبصار: النكاح / باب ١٥٠ حكم المحدودة ح ٢ ج ٣ ص ٢٤٥، وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ٢١ ص ٢١٩.

(٣) تقدّم في ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(٤) تقدّم في ص ٢٠٦.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٢.

(٦) تقدّم في ص ٢٠٤.

(٧) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٣.

حتّى في الحدّ، كخبر رفاعة سأل الصادق عليه السلام: «عن المحدود والمحدودة هل يردّ منه النكاح؟ قال: لا ...»[١] ـ وبين غير صريح في الدلالة على المطلوب.

ولذا حكي عن ابن إدريس: القول بالرجوع على الولي العالم بحالها بالمهر مع عدم الفسخ[٢] لأنّ الأخبار إنّما تدلّ على ذلك، بل عن الشيخ في النهاية ذلك أيضاً إلّا أنّه أطلق الرجوع به عليه[٣].

وإن كان قد يناقش بما في المختلف: من أنّ الضمان إنّما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيباً أوجب الفسخ وإلّا لم يجب المهر[٤]، بل لا يبعد إرادة الكناية عن الفسخ بالحكم بالرجوع بالمهر نحو غيرهما من عقود المعاوضة.

وعلى كلّ حال، فالتحقيق: عدم الردّ بغير ما عرفت؛ للأصل، ولما عرفت من مفهومي الحصر والعدد، بل في خبر البصري: «... تردّ المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون، وأمّا ما سوى ذلك فلا»[٥]، وخصوص النصوص في الزاني والزانية والمحدود والمحدودة التي قد تقدّمت سابقاً[٦]، والله العالم.

ج ٣٠ / ٣٤٠

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٤.

(٢) السرائر: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٦١٣.

(٣) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٤) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٨٦.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٩ ج ٧ ص ٤٢٥، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١٣ ج ٢١ ص ٢١٠.

(٦) في ص ٢٠٤.

﴿المقصد الثاني: في أحكام العيوب﴾

﴿وفيه مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

لا خلاف[١] نصّاً وفتوى في أنّ ﴿العيوب الحادثة بالمرأة[٢] قبل العقد مبيحة للفسخ﴾ بل الإجماع بقسميه عليه[٣]، بل هو مورد النصوص[٤] التي هي مستفيضة أو متواترة.

﴿و﴾ أمّا ﴿ما يتجدّد بعد العقد والوطء﴾ فالمشهور نقلاً[٥] وتحصيلاً[٦] أنّه ﴿لا يفسخ به﴾ بل لا أجد فيه خلافاً بين العامّة والخاصّة[٧] إلّا من ظاهر موضع من المبسوط[٨] وصريح آخر[٩] فخيّره

---

(١) كما في كفاية الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٤، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧١ ج ٢ ص ٣٠٧، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٦٩.

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: للمرأة.

(٣) نقل الإجماع في مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٣، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٦.

وصرّح بذلك في إصباح الشيعة: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٧، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٣، وتلخيص المرام: النكاح / الفصل السابع ص ٢٠٤، وجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٥١.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٠٧.

(٥) كما في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٣.

(٦) انظر «إصباح الشيعة» وما بعده في الهامش قبل السابقين.

(٧) ينظر مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٣.

(٨) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٩) المصدر السابق: ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ و٢٦٤.

مطلقاً، ومن أبي علي في خصوص الجنون[١].

ولا ريب في ضعفهما؛ للأصل بل الأُصول، السالمة عن معارضة النصوص بعد ظهورها في غير الفرض كما ستسمع إن شاء الله تعالى، بل ظاهر صحيح عبد الرحمن[٢] منها التصريح باشتراط الخيار بعدم الوقوع عليها بناءً على ما ذكرناه فيها سابقاً، واقتصاره على الأُوَل غير قادح بعد الإجماع بقسميه على عدم الفرق، كما أنّ ظاهر الشرط التدليس في صحيح أبي عبيدة السابق[٣] يقتضي اعتبار السبق أيضاً.

﴿و﴾ بذلك ـ مضافاً إلى الإجماع على الظاهر من عبارة المصنّف ـ يقيّد إطلاق بعض النصوص إن كان.

↑ ج ٣٠ / ٣٤١

نعم ﴿في المتجدّد بعد العقد وقبل الدخول تردّد﴾: من إطلاق بعض النصوص[٤] الردّ بها، ومن أصالة اللزوم واشتراط التدليس في صحيح أبي عبيدة؛ ولذا قال المصنّف:

﴿أظهره أنّه لا يبيح الفسخ؛ تمسّكاً بمقتضى العقد السليم عن معارض﴾ بل هو المشهور شهرة عظيمة[٥] كادت تكون إجماعاً، بل

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٠.

(٢) تقدّم في ص ٥٩٠ ـ ٥٩١.

(٣) في ص ٥٩٤.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٠٧.

(٥) اختاره في السرائر: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٦١٣، وإصباح الشيعة: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٧، وقواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٧، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل السابع ص ١٩٨ ـ ١٩٩، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٧.

لعلّها كذلك في الأعصار المتأخّرة عن المخالف على وجهٍ كان قوله من الشواذّ المقطوع ببطلانها، خصوصاً بعد ظهور أكثر النصوص في السابق؛ كـ:

قوله في خبر عبد الرحمن: «تزوّج امرأة فوجد بها قرناً...»[1] إلى آخره.

وفي خبر الحذّاء: «تزوّج امرأة فوجد بها عيباً...»[2].

وفي خبري الحسن بن صالح[3] والكناني[4]: «تزوّج امرأة فوجد بها قرناً...».

وفي خبر غياث: «تزوّج امرأة فوجدها برصاء...»[5].

بل هو صريح صحيح ابن مسلم: «من تزوّج امرأة فيها عيب دلّسته ولم تبيّن...»[6]، وخبر رفاعة: «زوّجها وليّها وهي برصاء...»[7].

بل قد يقال فيما لم يكن في لفظه دلالة على السبق ـ كقوله عليه‌السلام:

---

(١) تقدّم في ص ٥٩١.

(٢) تقدّم في ص ٥٩٤.

(٣) تقدّم في ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٢.

(٥) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١١ ج ٧ ص ٤٢٦، الاستبصار: النكاح / باب ١٥١ العيوب الموجبة للردّ ح ٨ ج ٣ ص ٢٤٧، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١٤ ج ٢١ ص ٢١٠.

(٦) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٤ ص ٤٣٢، ووسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧ ج ٢١ ص ٢١٤.

(٧) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٩ ج ٥ ص ٤٠٧، وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ ص ٢١٢).

«يردّ النكاح من البرص...»[1] إلى آخره ـ : إنّ الغالب في أمثال هذه العاهات طول المدّة وتقادم العهد.

على أنّ في بعضها اشتراط التدليس ؛ كقوله في صحيح الحذّاء : «إذا دلّست العفلاء...» إلى آخره، وقد سمعت صحيح ابن مسلم، فيقيّد حينئذٍ الإطلاق به.

ومع قطع النظر عن النصوص أجمع، فلا ريب في استصحاب اللزوم الذي هو مقتضى الأصل في العقود، والضرر منجبر بإمكان الطلاق منه.

فما عن الخلاف[2] والمبسوط[3] وظاهر أبي علي[4]: من ثبوت الخيار بذلك، واضح الضعف بعد الإحاطة بما ذكرنا، والله العالم.

ج ٣٠ / ٣٤٢

المسألة «الثانية»

«خيار الفسخ على الفور» بلا خلاف أجده فيه[5]، بل حكى غير واحد الاتّفاق عليه[6]؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقّن،

---

(١) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٢) الخلاف: النكاح / مسألة ١٢٨ ج ٤ ص ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٤) نقله عنه ـ في خصوص الجنون ـ العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٠.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٧٢.

(٦) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٦، كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٢، نهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٨، وظاهر كفاية الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٤.

وتحرّزاً من الضرر اللازم بالتأخير، والعمدة الإجماع، ولولاه لأمكنت المناقشة بما سمعته غير مرّة.

وحينئذٍ ﴿فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد﴾ وإن لم يكن ذلك منهما عن رضا باللزوم ﴿وكذا الخيار مع التدليس﴾ بالعيب أو غيره ممّا ستعرف؛ ضرورة كون الفوريّة فيه قيديّة، فيسقط الخيار بفواتها، لا أنّها أمر آخر على حسب التكاليف الفوريّة، التي من الواضح الفرق بينهما.

نعم، قد عرفت فيما تقدّم: أنّ الجهل بالخيار بل والفوريّة عذر؛ لإطلاق ما دلّ على الخيار المقتصر في تقييده على محلّ الإجماع الذي[1] غير المفروض.

بل قد يقوى ثبوته أيضاً لو أُكره على عدم الخيار ـ بالقبض على فيه، أو بالتهديد ـ لذلك، كما صرّح به في جامع المقاصد[2].

بل في المسالك أنّ «العيب إن كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما فالفوريّة معتبرة في الفسخ، وإن توقّف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفوريّة في المرافعة إلى الحاكم، فإذا ثبت اختار الفسخ فوراً. وفي التحرير أطلق أنّ الفوري هو المرافعة إلى الحاكم وإن كانا متّفقين على العيب، وكذلك عن[3] الشيخ، وهو حسن حيث يتوقّف الأمر على الحاكم»[4].

---

(١) في بعض النسخ بعدها إضافة: هو.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٤٩.

(٣) في المصدر بدلها: عبّر.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٢٦.

قلت : ستعرف عدم التوقّف على الحاكم في جميع أفـراد الفسـخ ، وإنّما يتوقّف عليه ضرب الأجل فـي خـصوص العـنّين ، فـإذا مـضى لم تحتج الامرأة في الفسخ إليه .

ومع فرض النزاع بينهما في ثبوت العيب ـ المسلّط على الخـيار ـ وعدمه ، قد يقال : إنّ الفوريّة في الفسخ أيضاً وإن كان لا يترتّب عـليه أثره ظاهراً إلّا بعد إثبات مقتضي الفسخ .

بل قد يقال : إنّ تأخيره إلى المرافعة منافٍ لفوريّته التي قد عـرفت كونها قيداً ؛ ضرورة تعليق الخيار على وجود العيب لا على إثباته عند الحاكم ، فمع معلوميّة حصوله عنده كان خياره فوريّاً ، لكن لا يمضي ذلك على الخصم ـ مع إنكاره ـ إلّا بعد إثـبات مـقتضي الخـيار ، لا أنّ الفسخ نفسه موقوف على حكم الحاكم .

↑ ج ٣٠ / ٣٤٣

وكذا لو فرض النزاع في أصل كون ذلك عـيباً ، مـا لم يـرجـع إلى الجهل بالخيار به ولو للجهل بموجبه .

على أنّ الفوريّة في المرافعة لا دليل عليها ، خصوصاً مع كون المراد أنّه مع عدم الفور فيها يسقط الخيار .

فالأقوى حينئذٍ بقاء معقد الإجماع ـ وهو فوريّة الفسخ ـ على حاله في جميع ذلك .

ومنه يعلم ما في كشف اللثام أيضاً : «إن توقّف الفسخ على حكـم الحاكم فالفوريّة بمعنى فوريّة المرافعة إليه ، ثمّ طلبه منه بعد الثبوت»[1]

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٢.

إن كان مراده ما سمعته من المسالك، وإلّا فليس في أفراد الفسخ ما يتوقّف على حكم الحاكم على وجهٍ يراد منه حتّى يطالب به. وكذا الكلام فيما تسمعه ـ إن شاء الله ـ من المبسوط، فتأمّل جيّداً.

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿الفسخ بالعيب ليس بطلاق﴾ قطعاً؛ لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه، وحينئذٍ ﴿فلا يطّرد معه تنصيف المهر، ولا يعدّ في الثلاث﴾ ولا غير ذلك من أحكام الطلاق، كما لا يشترط فيه شيء من شرائطه بلا خلاف[1] ولا إشكال، وثبوت النصف في العنّين للدليل؛ ولذا قال المصنّف: «لا يطّرد».

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿يجوز للرجل الفسخ من دون إذن الحاكم، وكذا للمرأة[2]﴾ لإطلاق الأدلّة.

﴿نعم، مع ثبوت العنن يفتقر إلى الحاكم لضرب الأجل﴾ كما ستعرف ﴿ولها التفرّد بالفسخ عند انقضائه وتعذّر الوطء﴾ كما هو مقتضى الأدلّة المثبتة للخيار لذي الخيار، السالمة عن معارضة

---

(١) قال بذلك في إصباح الشيعة: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٥، وقواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٧، والتنقيح الرائع: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ١٨٨، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل السابع ج ٥ ص ٣٩٢، وكفاية الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٤.

(٢) في نسخة الشرائع: المرأة.

ما يدلّ على اعتبار حضور الحاكم أو إذنه فضلاً عن مباشرته نفسه الفسخ ؛ ومن هنا أفتى الأصحاب في الحكم المزبور من غير إشكال فيه ولا تردّد .

نعم ، عن ابن الجنيد منهم : «إذا أُريدت الفرقة لم يكن إلّا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنة أو سلطان متغلّب»[١] . وكأنّه مذاق العامّة كما حكاه في جامع المقاصد عن بعض العامّة وابن الجنيد منّا[٢] .

بل يومئ إليه ما عن موضع من المبسوط : «لسنا نريد بالفور أنّ له الفسخ بنفسه ، وإنّما نريد أنّ المطالبة بالفسخ على الفور ، يأتي إلى الحاكم على الفور ويطلب الفسخ ؛ فإن كان العيب متّفقاً عليه فسخ الحاكم ، وإن اختلفا فيه فالبيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه ، فأمّا الفسخ فإلى الحاكم ؛ لأنّه فسخ مختلف فيه» . ثمّ قال : «ولو قلنا على مذهبنا : إنّ له الفسخ بنفسه كان قويّاً ، والأوّل أحوط لقطع الخصومة»[٣] .

وظاهره أنّ الأوّل جارٍ على مقتضى أُصول العامّة ، أو إذا كان المراد قطع الخصومة بتسجيل الحاكم فيما هو مختلف فيه .

وكذا ما عنه في موضع آخر : «لا يجوز أن يفسخ بغير حاكم ؛ لأنّه

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٧.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٥٠.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٣.

فسخ مختلف فيه»[١] خصوصاً مع ملاحظة تعليله ؛ ولذا حكي عنه في موضع ثالث : الجزم بأنّ للامرأة الاستقلال بالفسخ محتجّاً بإطلاق الأخبار[٢].

وعلى كلّ حال فالوجه ما عرفت ، فإن كان هو المراد لهم فمرحباً بالوفاق ، وإلّا كان منافياً لإطلاق الأدلّة كما سمعت ، والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا اختلفا في العيب﴾ فإن كان جليّاً كالعمى والجنون ونحوهما ممّا لم يحتج إلى إقامة بيّنة وإلى يمين ، نظر الحاكم فيه وحكم بمقتضى ما ظهر له .

وإن كان خفيّاً ﴿فالقول قول منكره مع عدم البيّنة﴾ كغيره من الدعاوي التي لا يخفى عليك جريان حكمها ـ من ردّ اليمين ، والنكول ... ونحوهما ـ في المقام الذي هو أحد أفرادها ، والله العالم .

ج ٣٠ / ٣٤٥

المسألة ﴿السادسة﴾

﴿إذا فسخ الزوج﴾ أو الزوجة ﴿بأحد العيوب﴾ السابقة ﴿فـ﴾ لا يخلو : إمّا أن يكون قبل الدخول أو بعده حيث يجوز للجهل بالحال ، وعلى التقديرين : إمّا أن يكون العيب متقدّماً على العقد

---

(١) المصدر السابق: ص ٢٦٣.

(٢) المصدر السابق: ص ٢٤٩.

أو متأخّراً عنه قبل الدخول أو بعده بناءً على تحقّق الخيار بذلك، والفاسخ إمّا الزوج أو الزوجة. وعلى كلّ تقدير: إمّا أن يكون هناك مدلّس أم لا، فالصور أربعة وعشرون صورة.

وخلاصة الحكم فيها في فسخ الزوج: أنّه ﴿إن كان قبل الدخول فلا مهر﴾ بلا خلاف[1]، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه[2]، مضافاً إلى:

قول الباقر عليه السلام في صحيح أبي عبيدة: «... وإن لم يكن دخل بها فلا عدّة لها، ولا مهر لها»[3].

والصادق عليه السلام في خبر أبي الصباح: «... يردّها على أهلها صاغرة، ولا مهر لها...»[4].

وقول عليّ عليه السلام في خبر غياث عن جعفر عن أبيه عليهما السلام[5]: «في رجل تزوّج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء؟ إن كان لم يدخل بها

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٧٥.

(٢) نقل الإجماع في نهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٣٩، ورياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٦٣.

وينظر المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥١، والوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١٢، وإرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٩، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل السابع ص ١٩٩، وكفاية الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٧.

(٣) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١٤ ج ٥ ص ٤٠٨، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٠ ج ٧ ص ٤٢٥، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢١١.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٢.

(٥) في المصدر بعدها: عن عليّ عليه السلام.

ولم يبيّن له فإن شاء طلّقها وإن شاء أمسك ولا صداق لها، وإذا دخل بها فهي امرأته»[١]، المراد من الطلاق فيه: الفراق قطعاً؛ ضرورة عدم اشتراط الطلاق المخصوص بالشرط المزبور... إلى غير ذلك من النصوص الدالّة عليه منطوقاً ومفهوماً.

ولأنّه وإن كان الفسخ منه لكنّه لعيب فيها، فهو سبب منها.

بل الأصل في الفسخ اقتضاؤه ردّ كلّ عوض إلى مالكه.

﴿وإن كان بعده فلها المسمّى﴾ بما استحلّ من فرجها، و﴿لـ﴾ ظهور النصّ[٢] والفتوى في ﴿أنّه يثبت[٣] بالوطء ثبوتاً مستقرّاً، فلا يسقط بالفسخ﴾ الذي قلنا: إنّ مقتضاه ـ لولا ذلك ـ ردّ كلّ عوض إلى مالكه.

على أنّ أحد العوضين هنا وطء البضع ولو مرّة، والفرض أنّه قد استوفاه، ولا يمكن إرجاعه، فالفسخ حينئذٍ ليس إلّا لإزالة قيد النكاح هنا حال الفسخ، وليس هو إبطالاً له من أصله.

↑ ج ٣٠ / ٣٤٦

ودعوى إمكان ردّ الوطء بغرم مهر المثل ـ الذي هو قيمة له ـ تحتاج إلى دليل، وليس، بل الدليل على خلافها متحقّق كما عرفت، مضافاً إلى

---

(١) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١١ ج ٧ ص ٤٢٦، الاستبصار: النكاح / باب ١٥١ العيوب الموجبة للردّ ح ٨ ج ٣ ص ٢٤٧، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١٤ ج ٢١ ص ٢١٠.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٤ من أبواب المهور ج ٢١ ص ٣١٩.

(٣) في نسخة الشرائع: ثبت.

خبر الحسن بن صالح[١] وغيره[٢] المصرّح فيه بذلك ﴿و﴾ بها يخرج عن ذلك لو سلّم اقتضاء الفسخ الرجوع إلى مهر المثل.

نعم، صرّح في النصوص المزبورة بأنّ ﴿له الرجوع به على المدلّس﴾ متّحداً كان أو متعدّداً، ولياً شرعيّاً كان أو غيره، كما ستعرف تحقيق الحال فيه في فصل التدليس، وقد أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعرف فيه بينهم؛ لذلك، ولقاعدة الغرور.

فما عساه يقال أو قيل[٣] ـ من إشكاله: بأنّه إن كان حقّاً ثابتاً لها بالدخول فلا رجوع على المدلّس ـ مدفوع بما عرفت.

نعم، على الزوج البيّنة لو أنكر الولي مثلاً علمه بالعيب وأمكن في حقّه، فإن فقدها فله عليه اليمين، فإذا حلف رجع الزوج على المرأة؛ لأنّها الغارّة حيث لم يعلم الولي بذلك، فإذا ادّعت إعلامه حلف أيضاً إن لم يكن لها بيّنة، ولا تكفي اليمين الأُولى لأنّها لمدّعٍ آخر، فإن نكل أو ردّ اليمين حلفت وثبت الرجوع لها بحسب هذه الدعوى.

ويحتمل: أن لا تحلف؛ لاستلزامه إبطال الحكم بعدم الرجوع بالحكم بالرجوع، وأن يبنى على[٤] اليمين المردودة كالإقرار، فتحلف لسماع إقرار المنكر بعد الإنكار والحلف، أو كالبيّنة فلا تحلف لعدم

(١) تقدّم في ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥.

(٢) كخبر الحلبي المتقدّم في ص ٥٦٦.

(٣) كما في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٥٩.

(٤) الأولى إضافة «أنّ» بعدها.

سماع البيّنة بعد حلف المنكر .

ولعلّ الأولى من ذلك : القول بأنّ لها الرجوع ، لا له كي يتأتّى الخلاف .

وعلى كلّ حال ، فإن لم يكن مدلّساً[١] حتّى هي ـ بأن لم تعلم المرأة ما بها من العيب ؛ لخفائه ، أو لجهلها بكونه عيباً ـ فلا رجوع له بشيء حينئذٍ ، بلا خلاف أجده فيه[٢] ، بل هو ظاهر النصوص[٣] المعلّلة باستحقاقها المهر باستحلاله فرجها ، بل هو مقتضى ما دلّ على استقرار المهر بالوطء ، فيدفع حينئذٍ لها تمام المسمّى لما عرفت .

↑ ج ٣٠ / ٣٤٧

نعم ، لو كانت هي المدلّسة رجع عليها للتدليس ، ففي[٤] خبر رفاعة عن أمير المؤمنين عليه السلام : «... لو أنّ رجلاً تزوّج امرأة ، أو زوّجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها ، لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها»[٥] . وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام : «في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها ، فوجدها قد دلّست عيباً

---

(١) الأولى التعبير بـ «مدلّس».

(٢) ينظر النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٠، والمهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٤، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٤١، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٧٨.

(٣) كخبري الحلبي والحسن بن صالح المتقدّم أوّلهما في ص ٥٦٦، وثانيهما في ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥.

(٤) في بعض النسخ: وفي.

(٥) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٩ ج ٥ ص ٤٠٧، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢١٢.

هو بـها؟ قـال : يـؤخذ المـهر مـنها ، ولا يكـون عـلى الذي زوّجـها شيء . . .»[١] ، بل ذلك مقتضى غيرهما أيضاً .

كما أنّ مقتضى الجميع عدم استثناء شيء من المـهر لهـا إذا رجـع عليها ، لكن في القواعد : «رجع عليها إلّا بما يمكن أن يكون مهراً»[٢] . وهو أقلّ ما يتموّل لئلّا يخلو البضع عن العوض . وعن أبي عـلي : «إلّا بمهر مثلها ، فإنّه العوض للبضع إذا وطئ لا عن زنا»[٣] .

ويمكن القول برجوعه أجمع من حيث التدليس ؛ لإطلاق الأدلّـة . وعدم خلوّ البضع عن العوض حتّى في مثل الفرض ـ التي كانت هـي السبب في ذلك ـ ممنوع .

وبذلك ظهر لك أنّه لا وجه لما عن التحرير : من الرجوع على الولي المحرم مع التغرير وبدونه ؛ للتفريط بترك الاستعلام[٤] .

كما ظهر لك أنّه لا فرق في ثبوت الأحكام المزبورة بين كون العيب ـ الذي فسخ به ـ حادثاً قبل العقد وبعده بناءً على الخيار به .

لكن في محكيّ المبسوط : «إن كان الفسخ بالمتجدّد بعد الدخـول

---

(١) من لا يحضره الفقيه: القضايا / باب الوكالة ح ٣٣٨٦ ج ٣ ص ٨٧، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ٢١ ص ٢١٢.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٧.

(٣) نقله عنه في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٤، ونـقل بـعضه فـي مـختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٦.

(٤) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٦.

فالواجب المسمّى ؛ لأنّ الفسخ إنّما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره . وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل ؛ لأنّ الفسخ وإن كان في الحال إلّا أنّه مستند إلى حال حدوث العيب ، فيصير كأنّه وقع مفسوخاً حين حدوث العيب ، فيصير[1] كأنّه وقع فاسداً ، فيلحقه أحكام الفاسد إن كان قبل الدخول فلا مهر ولا نفقة ، وإن كان بعده فلا نفقة للعدّة ، ويجب مهر المثل»[2] .

↑ ج ٣٠ / ٣٤٨

ولا يخفى عليك ضعفه ؛ إذ فيه : ـ مع منافاته لما سمعته ـ أنّ النكاح وقع صحيحاً ، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حين الفسخ ، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه ، خصوصاً إذا كان العيب حادثاً بعد العقد ، فإنّ دليله لا يجيء عليه .

ولم أجد أحداً وافقه عليه من أصحابنا ، نعم في شرح الإرشاد[3] لبعض العامّة ذلك على وجهٍ يظهر كونه مفروغاً منه عندهم ، وربّما توافقه قاعدة الفسخ في الجملة التي أشرنا إليها سابقاً ، لكن هي هنا من الاجتهاد في مقابلة النصوص التي سمعتها ، والله العالم .

﴿وكذا﴾ الحكم ﴿لو فسخت الزوجة[4] قبل الدخول﴾ بل هي أولى من الزوج بذلك ؛ باعتبار كون الفسخ من قبلها ﴿فلا مهر﴾

---

(١) في بعض النسخ: بل فيصير.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥١ و٢٥٢ ـ ٢٥٣ (بتصرّف).

(٣) هذا الكتاب غير متوفّر.

(٤) ليست في نسخة الشرائع.

لها حينئذٍ بلا خلاف[١] ولا إشكال نصّاً[٢] وفتوى ﴿إلّا في العنن﴾ للدليل عليه بخصوصه كما تعرفه.

﴿ولو كان بعده كان لها المسمّى﴾ الذي استقرّ بالوطء وبما استحلّ من فرجها، بلا خلاف معتدّ به أجده فيه[٣]، بل حكى بعضهم الإجماع عليه[٤]، فالفسخ لو سلّم اقتضاؤه الرجوع إلى مهر المثل ـ نحو الإقالة، والخيار في البيع مع تلف أحد العوضين ـ يجب الخروج عنه بذلك كما عرفته في الزوج.

ولعلّ تفصيل الشيخ[٥] في العيب بين المتجدّد بعد الوطء والسابق يأتي هنا بناءً على فسخها بالمتجدّد، فيكون لها المسمّى به ومهر المثل بالسابق، بل لعلّ إطلاق كلام الشيخ كذلك وإن حكى بعضهم[٦] الإجماع هنا غير مشير إلى خلافه.

﴿وكذا لو كان﴾ الفسخ ﴿بالخصاء بعد الدخول، فـ﴾إنّه ﴿لها﴾

---

(١) ينظر إصباح الشيعة: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٧، والمهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٤، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٤، والروضة البهيّة: النكاح / الفصل السابع ج ٥ ص ٣٩٤.

(٢) كما في خبر محمّد بن مسلم الآتي في ص ٦٦٢.

(٣) ينظر المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٤، وإرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٩، ونهاية المرام: النكاح / في العيوب ج ١ ص ٣٤٢، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٨٠.

(٤) رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٦٦.

(٥) تقدّمت عبارته في ص ٦٢٠ ـ ٦٢١.

(٦) كالطباطبائي في إطلاق معقد إجماعه، انظر الهامش قبل السابق.

أيضاً ﴿المهر كملاً[١] إن حصل الوطء﴾ إذ هو ـ مع اندراجه في الأدلّة المزبورة ـ دلّت عليه المعتبرة المتقدّمة[٢].

ج ٣٠ / ٣٤٩

خلافاً للمحكي عن الصدوقين: فالنصف[٣]، ولعلّه لما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام: «وإن تزوّجها خصيّ وقد دلّس نفسه لها وهي لا تعلم فرّق بينهما، ويوجع ظهره كما دلّس نفسه، وعليه نصف الصداق، ولا عدّة عليها منه...»[٤].

وربّما جمع[٥] بينه وبين غيره: بحمل ما عداه على صورة الدخول وحمله على ما قبل الدخول؛ للصحيح المروي عن قرب الاسناد: «عن خصيّ دلّس نفسه لامرأة، ما عليه؟ قال: يوجع ظهره، ويفرّق بينهما، وعليه المهر كملاً إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر»[٦].

وفيه: ـ مع عدم ثبوت نسبة الكتاب المزبور إليه عليه السلام عندنا ـ أنّه مخالف للقولين معاً؛ إذ هما بين مثبت للنصف مطلقاً والجميع بالدخول، ومن هنا كان المتّجه مساواة الخصاء لغيره في الحكم الذي ذكرناه، وهو: لا مهر مع عدم الدخول، والكلّ معه.

---

(١) في نسخة الشرائع بدلها: كاملاً.

(٢) في ص ٥٧٢ ...

(٣) نقله في مختلف الشيعة (النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٠) عن عليّ بن بابويه وعن ولده في المقنع، وعبارة المقنع: «وتأخذ منه صداقها» انظر المقنع: باب النكاح ص ٣١٢.

(٤) تقدّم في ص ٥٧٣.

(٥) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٨٢، واستحسنه في رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٦٧.

(٦) تقدّم في ص ٥٧٣.

نعم، ظاهر بعض[١] وصريح آخر[٢]: إلحاق الخلوة بالدخول في وجوب الكلّ، وهو بحث آخر يأتي في محلّه[٣].

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّا وإن لم نقل بكون الخلوة كالدخول في ذلك مطلقاً، لكنّها كذلك في المقام لظهور النصّ والفتوى.

وفيه منع؛ ضرورة ظهور لفظ «الدخول» في المتن وغيره[٤] في الوطء، بل كاد يكون صريح صحيح قرب الاسناد، وبه يقيّد خبر سماعة كما أنّه يعلم المراد من «الدخول عليها» في صحيح ابن مسكان المتقدّمين آنفاً[٥]. واحتمال العكس يدفعه: رجحان الأوّل ـ بانسياقه وغيره ـ عليه، والله العالم.

وعلى كلّ حال، فقد ظهر لك الكلام في جميع صور المسألة.

كما أنّه ظهر لك أيضاً عدم سقوط الخيار في الزوج والزوجة بالدخول قبل العلم بالعيب السابق الذي لم أجد فيه خلافاً[٦]، بل يمكن تحصيل الإجماع؛ للأصل، وصحيح أبي عبيدة وخبري الحسن بن

↑ ج ٣٠ / ٣٥٠

(١) كالصدوق في المقنع: باب النكاح ص ٣١٣.

(٢) كالشيخ في النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٧، وابن البرّاج في المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٥، والماتن في المختصر النافع: النكاح / في العيوب ص ١٨٧.

(٣) في ج ٣٢ ص ١٣٥...

(٤) كتحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٦.

(٥) في ص ٥٧٢ و٥٧٣، وقد تقدّم الأوّل بعنوان «والآخر عنه عليه السلام».

(٦) كما في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٧٣.

صالح والكناني المتقدّمة سابقاً[١] وغيرها.

نعم، في الأخيرين منها: «إن علم بها قبل أن يجامعها ثمّ جامعها فقد رضي بها...»[٢]، وعليه حينئذٍ ينزّل إطلاق ما دلّ[٣] على سقوط الخيار بالدخول.

كما أنّه منه يعلم الحال في الزوجة بالنسبة إلى سقوط خيارها بعد العلم والرضا بمواقعته؛ إذ الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك.

وكذا منها يستفاد عدم الخيار فيهما أيضاً مع العلم بالعيب قبل العقد الذي لم أجد فيه خلافاً بيننا[٤] أيضاً؛ لذلك، وللأصل، واشتراطه بالتدليس في صحيح أبي عبيدة[٥] وصحيح ابن مسلم[٦]، بل مورد أكثر النصوص: الجاهل.

فما عن الشافعي: من ثبوته للعالم[٧] لإطلاق بعض النصوص ـ المراد منه حال الجهل قطعاً ولو بقرينة ما عرفت ـ واضح الفساد.

---

(١) تقدّم أوّلها في ص ٥٩٤، وثانيها في ص ٥٩٤ ـ ٥٩٥، وثالثها في ص ٥٩٢.

(٢) لم يورد هذا المقطع عند نقله لخبر الكناني، وقد ورد في الوسائل: باب ٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢١٤.

(٣) كما في خبر غياث المتقدّم في ص ٦١٦ ـ ٦١٧.

(٤) ينظر إصباح الشيعة: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٧، والوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١٢، وتحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٧.

(٥) تقدّم في ص ٥٩٤.

(٦) تقدّم في ص ٦٠٩.

(٧) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٣.

إنّما الكلام في المراد من قوله عليه السلام: «فقد رضي» هل هو السقوط بذلك تعبّداً بمعنى أنّ هذا الفعل يكون منه بحكم الرضا بالنسبة إلى اللزوم مطلقاً، أو ما لم يعلم منه عدم كون ذلك منه عن رضا بالفعل سقط الخيار أيضاً، أو أنّ السقوط به من حيث دلالته على الرضا، فلا يسقط الخيار مع فرض عدمها بقرينة ونحوها، بل له حينئذٍ التصريح ببقاء خيار العيب على مقتضاه مع العقد أو الوطء ما لم يناف الفوريّة لجهل بها وغيره، وليس هو من اشتراط الخيار في النكاح؟

وعلى التقديرين الأوّلين فهل يقتصر في ذلك على الوطء، أو يلحق به كلّ فعل يقع منه على مقتضى الزوجيّة، كاللمس والتقبيل والتفخيذ... ونحو ذلك؟ وجهان، أقواهما الثاني، كما أنّه الأقوى في الثلاثة السابقة أيضاً.

↑ ج ٣٠ / ٣٥١

فتأمّل جيّداً، فإنّي لم أجد ذلك محرّراً في كلامهم، وقد تقدّم لنا في البيع ـ عند البحث عن سقوط الخيار بالتصرّف[1] ـ ما يشبه هذا الكلام، فلاحظ وتأمّل.

ولو رضي ببرص مثلاً ثمّ اتّسع بعده في ذلك العضو، ففي الخيار وعدمه وجهان، أقواهما العدم، كما عن التحرير[2] والجامع[3]؛ لأنّ الرضا بالشيء رضا بما يتولّد منه، ولأنّه عيب واحد

---

(١) في ج ٢٤ ص ٧٧ و١٢٢...

(٢) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٨.

(٣) الجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٣.

وقد حصل الرضا به.

خلافاً للفاضل في القواعد فله الخيار(١) لأنّها(٢) عيب لم يحصل الرضا به.

نعم، لو حصل البرص في غير ذلك العضو اتّجه ثبوت الخيار فيه؛ لظهور المغايرة حينئذٍ، مع أنّ المحكي عن المبسوط(٣) التوقّف فيه؛ لأنّ اتّفاق الجنس يوجب الرضا بفرد منه الرضا بغيره.

أمّا مع اختلاف الجنس فلا إشكال في ثبوت الخيار، والله العالم.

المسألة ﴿السابعة﴾

العيب جلي أو خفي، فالجلي قطع المنازعة فيه سهل، وأمّا الخفي فلا شكّ في وجوب البيّنة على مدّعيه، كما أنّ على نافيه اليمين، بل يعتبر في الشاهدين مع العدالة العلم بذلك العيب، ككونهما طبيبين عارفين يقطعان بوجوده إن كان ممّا يمكن علم الغير به كالبرص والجذام الخفيّين، وإن كان لا يعلمه غالباً إلّا صاحبه ـ كالعنن ـ لم تسمع البيّنة.

ولذا ذكر غير واحد من الأصحاب(٤) بل لم أجد فيه خلافاً منهم(٥)

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٩.

(٢) الأولى بحسب السياق: «لأنّه» والظاهر أنّه أنّث الضمير بتأويل الاتّساع بالزيادة.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٣.

(٤) كالعلّامة في التحرير: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٨ ـ ٥٣٩، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٦٢، والسبزواري في الكفاية: النكاح / في العيوب ج ٢ ص ٢٠٥.

(٥) نفى الخلاف ـ في الأوّلين ـ في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٠ ج ٢ ص ٣٠٥.

أنّه ﴿لا يثبت العنن إلّا بإقرار الزوج أو البيّنة بإقراره[١]﴾ أو اليـمين المردودة ﴿أو نكوله﴾ بناءً على القضاء به وإن لم يردّ اليمين.

﴿و﴾ حينئذٍ فـ﴿لو لم يكن ذلك وادّعت عننه، فأنكر، فـالقول قوله مع يمينه﴾ لأنّ الأصل السلامة، ولأنّه يترك لو ترك، ولما تسمعه من الصحيح الآتي.

ج ٣٠ / ٣٥٢

ولا تسمع منها البيّنة على العنن نفسه، لكونه لا يعلم إلّا من قـبله؛ ضرورة كونه أعمّ من العجز عن وطء امرأة بخصوصها.

بل أشكل في المسالك ثبوته بـاليمين المـردودة بـناءً عـلى أنّـها كالبيّنة: بكونها حينئذٍ كالبيّنة منها، والفرض عدم سماعها منها[٢] فكذا ما قام قيامها[٣]، وإنّما تسمع البيّنة بإقراره، وهي لم تدّع إقراره بذلك كي ينزّل يمينها المردودة منزلته، وإنّما ادّعت العيب، فينزّل يمينها مـنزلة البيّنة عليه[٤].

وإن كان قد يدفع: بأنّ المراد كونها بحكم البيّنة المسموعة في إثبات الحقّ، لا أنّ المراد بحكم البيّنة حينئذٍ في السماع وعدمه.

نعم، قد يشكل أصل الحكم: بأنّ قبول يمينها يقتضي إمكان اطّلاع الغير عليه لا من جهة الإقرار، فيتّجه سماع البيّنة عليه.

اللّهمّ إلّا أن يفرّق بين الزوجة وغيرها: بإمكان اطّلاعها عليه بدور

(١) ليست في نسخة الشرائع.

(٢) في بعض النسخ: منه.

(٣) في المصدر بدلها: مقامها.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٢.

الأيّام وتكرّر الأحوال وتعاضد القرائن، بخلاف غيرها.

وهو كما ترى؛ ضرورة إمكان تعاضد القرائن للغير أيضاً، خصوصاً مع الاختبار مع ذلك بالعلامات المذكورة عند الأطبّاء ﴿و﴾ وردت بها بعض النصوص[١].

بل ﴿قيل﴾ والقائل ابنا بابويه[٢] وابن حمزة[٣]: إنّه ﴿يقام في الماء البارد، فإن تقلّص﴾ أي تشنّج ﴿حكم بقوله، وإن بقي مسترخياً حكم لها﴾ بل عن الفقيه روايته عن الصادق عليه السلام[٤]، وفقه الرضا عليه السلام[٥]، وظاهرهم الحكم بها وإن لم تفد القطع بذلك.

﴿و﴾ إن كان هذا القول ﴿ليس بشيء﴾ عند المتأخّرين[٦]؛ لعدم الوثوق بالانضباط، وعدم الوقوف على مستند صالح؛ لإرسال الخبر، نعم هو قول الأطبّاء، وكلامهم يثمر الظنّ الغالب بالصحّة، إلّا أنّه ليس طريقاً شرعيّاً.

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٣٣.

(٢) نقله عن الأب في السرائر: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٦١٥، وقاله الابن في المقنع: باب النكاح ص ٣٢٢.

(٣) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١.

(٤) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب حكم العنين ح ٤٨٩٢ ج ٣ ص ٥٥٠، وسائل الشيعة: باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ٢١ ص ٢٣٤.

(٥) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٧، مستدرك الوسائل: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ١٥ ص ٥٦.

(٦) كالعلّامة في التحرير: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٩، وولده في الإيضاح: النكاح / في العيب ج ٣ ص ١٨٠، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٣.

لكنّ الغرض أنّ هذه الأمارة ـ المعروفة عند الأطبّاء ووردت بها الرواية ـ إذا انضمّت أيضاً إلى ما في المرسل من «أنّه يطعم السمك الطري ثلاثة أيّام، ثمّ يقال له: بُل على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعنّين، وإن لم يثقب بوله الرماد فهو عنّين»[1] بل ظاهر الفقيه العمل به أيضاً لروايته له فيه[2] ـ وإلى غير ذلك من القرائن والأمارات ـ قد تفيد القطع، كما استفادته الزوجة حتّى قُبل منها اليمين، مع أنّ العجز عنها لا يقتضي العنن.

فدعوى إمكانه منها دون غيرها على وجهٍ تردّ البيّنة العادلة لو شهدت به ـ لعدم إمكان العلم لها، فهي حينئذٍ مشتبهة في الظنّ بالقطع ـ كما ترى.

ولعلّه لذا قبل بعض العامّة[3] البيّنة عليه، وهو قويّ جدّاً، بل هو الوجه فيما سمعته من الخبرين السابقين؛ على معنى: إمكان حصول القطع بما فيهما بعد فرض غيرهما من الأمارات، بل لعلّ ذلك مراد بني بابويه وحمزة، لا أنّ المراد الحكم بذلك وإن لم يحصل القطع منهما، فلا خلاف حينئذٍ في المسألة، والله العالم.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿لو ثبت العنن﴾ بإقراره وغيره ورفعت أمرها إلى الحاكم وأجّله سنة على ما ستعرف ﴿ثمّ ادّعى الوطء، فالقول

(١ و٢) من لا يحضره الفقيه: الطلاق / باب حكم العنين ح ٤٨٩٣ ج ٣ ص ٥٥٠، وسائل الشيعة: باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٥ ج ٢١ ص ٢٣٤.

(٣) كشّاف القناع: ج ٥ ص ١١٧.

قوله﴾ أيضاً ﴿مع يمينه﴾ على الأشهر[1]، كدعوى عدم العنن أصلاً؛ لأنّه لا يعلم أيضاً إلّا من قبله ويتعذّر أو يتعسّر إقامة البيّنة عليه فيقبل قوله فيه، كدعوى الامرأة انقضاء العدّة بالأقراء.

ولعدم ثبوت العنن قبل مضيّ سنة التأجيل، وإنّما الثابت قبلها العجز الذي يمكن معه العنّة وعدمها، ولذا أُجّل سنة لينظر أيقدر على الوطء أم لا؟ فإن قدر فلا عنّة وإلّا ثبت، فيرجع حينئذٍ دعواه إلى إنكارها، كالأوّل الذي قد عرفت عدم الخلاف والإشكال في ثبوت قوله فيه. واستصحاب العجز الثابت سابقاً لا يصلح لإثبات العنن بناءً على اعتبار العجز سنة فيه؛ ضرورة عدم كون ذلك ممّا يثبت بالاستصحاب، بل هو بالنسبة إليه من الأُصول المثبتة التي ليست بحجّة.

ولأنّه ـ بموافقته لأصالة اللزوم، ويترك لو ترك ـ يكون منكراً، فيقبل قوله حينئذٍ بيمينه.

ولإطلاق صحيح أبي حمزة: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوّج الرجل المرأة الثيّب التي قد تزوّجت غيره، فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها، فإنّ القول في ذلك قول الرجل، وعليه أن يحلف بأنّه[2] لقد جامعها، لأنّها المدّعية. قال: فإن تزوّجها وهي بكر فزعمت أنّه لم يصل إليها، فإنّ مثل هذا يعرفه النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهنّ، فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجّله سنة، فإن وصل

↑ ج ٣٠ / ٣٥٤

(١) كما في رياض المسائل: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٧٠.

(٢) في المصدر بدلها: بالله.

إليها وإلّا فرّق بينهما، وأُعطيت نصف المهر، ولا عدّة عليها»[١].

وفي المحكي عن فقه الرضا عليه السلام: «وإذا ادّعت أنّه لا يجامعها عنّيناً أو غير عنّين، فيقول الرجل: إنّي قد جامعتها، فعليه اليمين وعليها البيّنة؛ لأنّها المدّعية...»[٢].

أمّا ما في المسالك: من إشكال الاستدلال بالصحيح بـ«أنّ محلّ البحث ما إذا ثبت عننه، ومورد الرواية دعواها عليه ذلك مع عدم ثبوت ذلك، وقبول قوله هنا واضح كما مرّ في المسألة الأُولى؛ لأنّها المدّعية وهو المنكر، لموافقة قوله أصل السلامة، بخلاف موضع النزاع؛ لتحقّق العيب، فهو فيه المدّعي لزوال ما كان قد ثبت»[٣].

يدفعه[٤]: ظهور الصحيح في أنّ مورد الخلاف بينهما في الوطء وعدمه الشامل بإطلاقه محلّ النزاع، وقد جعلها المدّعية فيه مع موافقة قولها لأصالة عدم وطئها ومخالفة قوله لذلك، وما هو إلّا لأنّها تريد بذلك إثبات التسلّط على الفسخ الشامل للصورتين.

ولعلّه لذلك ﴿و﴾ غيره ممّا سمعته لم أجد أحداً قال بتقديم قولها

(١) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ٧ ج ٥ ص ٤١١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢٠ ج ٧ ص ٤٢٩، وسائل الشيعة: باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٣٣.

(٢) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٧، مستدرك الوسائل: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ١٥ ص ٥٦.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٤.

(٤) الأولى التعبير بـ«فيدفعه».

عليه بيمينها.

نعم ﴿قيل﴾ والقائل الصدوق في المقنع[١] والشيخ في الخلاف[٢] وجماعة[٣]: ﴿إن ادّعى الوطء قبلاً وكانت بكراً نظر إليها النساء، وإن[٤] كانت ثيّباً حشي قبلها خلوقاً[٥]، فإن ظهر على العضو صدّق﴾ بل عن الخلاف: دعوى إجماع الفرقة وأخبارها عليه.

ولعلّها: للصحيح المزبور في البكر.

ولخبر عبد الله بن الفضل عن بعض مشيخته: «قالت امرأة لأبي عبد الله عليه السلام أو سأله رجل: عن رجل تدّعي عليه امرأته أنّه عنّين وينكر الرجل؟ قال: تحشوها القابلة بالخلوق ولم يعلم الرجل، ويدخل عليها الرجل، فإن خرج وعلى ذكره الخلوق صدق وكذبت، وإلّا صدقت وكذب»[٦].

↑ ج ٣٠ / ٣٥٥

وخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ادّعت امرأة

---

(١) المقنع: باب النكاح ص ٣١٥ (تعرّض لما لو كانت بكراً).

(٢) الخلاف: النكاح / مسألة ١٤٠ ج ٤ ص ٣٥٧ (تعرّض لما لو كانت ثيّباً).

(٣) كالكيدري في الإصباح: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٦، وابن البرّاج في المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٦.

(٤) في نسخة الشرائع: فإن.

(٥) الخَلُوق: طيب مركّب يتّخذ من الزعفران وغيره من أنواع الطيب وتغلب عليه الحمرة والصفرة. النهاية (لابن الأثير): ج ٢ ص ٧١ (خلق).

(٦) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ٨ ج ٥ ص ٤١١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢١ ج ٧ ص ٤٢٩، وسائل الشيعة: باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٣٣.

على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنّه لا يجامعها، وادّعى أنّه يجامعها؟ فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستذفر بالزعفران ثمّ يغسل ذكره، فإن خرج الماء أصفر صدّقه، وإلّا أمره بطلاقها»[1].

لكنّها ـ كما ترى ـ ليست في العنن بعد ثبوته، بل العبارة المحكيّة عن الخلاف كذلك أيضاً، فينبغي أن يجعل قولاً في المسألة السابقة مضافاً إلى القول بوضعه في الماء. اللّهمّ إلّا أن يقال: بعد فرض اعتبار ذلك شرعاً لا فرق فيه بين الحالين.

نعم، ينبغي الاطمئنان بعدم احتيال الزوج في وضع الخلوق، كأن يكون غير عالم، أو يشدّ يداه كما أُومئ إليه في الخبر.

وينبغي أن يكون محلّ ذلك النزاع في الوطء فعلاً وعدمه، إلّا أنّ المصنّف وغيره[2] أطلق تقديم قوله بيمينه في الصورتين على كلّ حال من غير فرق بين البكر والثيّب، بل قال بعد حكايته القول المذكور: ﴿وهو شاذّ﴾.

ولعلّه: لما عرفت من أنّه منكر بالتقرير الذي سمعته، ولفقد شرائط الحجّيّة في الخبرين، ولأنّ عدم الوطء في القبل ـ على تقدير ثبوت البكارة ـ لا يستلزم العنن؛ لإمكان وطئه غيرها، وكذا الكلام في ذات الخلوق، وثبوت كذبه فيما ادّعاه لا يثبت العنن، ومن هنا لم يأمرها عليه السلام

---

(١) انظر «الكافي» في الهامش السابق: ح ١١ ص ٤١٢، و«التهذيب»: ح ٢٤ ص ٤٣٠، و«الوسائل»: ح ٣ ص ٢٣٤.

(٢) كالعلّامة في القواعد: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٨.

بالفسخ عنه، بل أمره بطلاقها.

لكن قد يناقش: بصحّة الخبر المشتمل على البكر، ودعوى الشيخ الإجماع على مضمون الخبرين السابقين، فلا يبعد القول بهما بعد ثبوت العنن ـ ولو بإقراره ـ ودعواه ارتفاعه بالسبب الخاصّ الذي يمكن تبيّن صدقه من كذبه فيه بالطريق المزبور، فيختبر حينئذٍ ويحكم به.

بل قد يقال: بصحّة الاختبار المزبور قبل ثبوت العنن أيضاً في إثباته، ثمّ يحكم بالأجل له بناءً على الاكتفاء فيه بالعجز عن خصوص المدّعية مع عدم العلم بإمكانه وطء غيرها، فمع فرض تبيّن كذبه في دعواه وطءها يضرب له الأجل ﴿و﴾ يختبر فيها حينئذٍ بالطريق المزبور مع فرض دعواه عدم العنن بوطئها فعلاً. ↑ ج ٣٠ / ٣٥٦

نعم ﴿لو ادّعى أنّه وطئ غيرها، أو وطئها دبراً، كان القول﴾ حينئذٍ ﴿قوله مع يمينه و﴾ يحكم له، كما أنّه ﴿يحكم عليه إن نكل، وقيل: بل يردّ[1] اليمين عليها، وهو﴾ أي الحكم المردّد في المسألة ﴿مبنيّ على القضاء بالنكول﴾ أو باليمين من المدّعي، وسيأتي ـ إن شاء الله ـ تحريره في كتاب القضاء[2].

نعم، قيل: «إنّه على تقدير توقّف القضاء على اليمين ـ بردّه، أو مع نكوله ـ إنّما يتمّ لو كان النزاع في وطئها دبراً مثلاً؛ لإمكان حلفها

---

(١) في نسخة المسالك: تردّ.

(٢) في المقصد الثالث من النظر الثالث في كيفيّة الحكم.

حينئذٍ ، أمّا لو كانت[١] وطءَ غيرها لم يمكنها الحلف على عدمه مطلقاً ؛ لأنّه حلف على نفي فعل الغير على وجهٍ لا ينحصر»[٢].

وفيه : أنّه يمكن فرضها العلم بكذبه ؛ بحصر دعواه الوطء في وقت مخصوص مثلاً وكان في ذلك الوقت حاضراً معها . . . أو بغير ذلك ، هذا .

وقد يقال أيضاً : بالاختبار بالطريق المزبور أيضاً مع فرض إمكانه وكون الدعوى على وجهٍ يتميّز صدقها وكذبها به ، وعدم ذكره نصّاً وفتوى لتعسّر إمكانه غالباً في غير المدّعية .

وبالجملة : يكون المحصّل من النصوص أجمع : أنّه إن أمكن معرفة صحّة الدعوى وفسادها بطريق من الطرق على وجهٍ يحصل العلم بذلك فعل ، وإلّا كان المرجع إلى قاعدة المدّعي والمنكر ، وأنّها هي المدّعية وهو المنكر كما عرفت ، والله العالم .

ج ٣٠ / ٣٥٧

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿إذا ثبت العنن﴾ بأحد الوجوه السابقة ﴿فإن صبرت﴾ عالمة بالموضوع والحكم راضية ﴿فلا كلام﴾ كما لا خلاف في عدم الخيار لها بعد ذلك إذا أرادته ، بل لعلّ الإجماع بقسميه عليه[٣] ، ولأنّه حقّ متّحد

---

(١) أي «دعواه» كما في المصدر.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٧.

(٣) نقل الإجماع في المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤، والحدائق الناضرة: النكاح / ما يردّ به ج ٢٤ ص ٣٤٦.

يسقط بالإسقاط ؛ وللمرسل في الفقيه : «متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنّه عنّين ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا»[١]. وبذلك افترقت عن المطالبة في الإيلاء التي لا تسقط بالإسقاط ، لتجدّد الحقّ في كلّ وقت .

بل الظاهر سقوط هذا الخيار بالإسقاط ولو في أثناء السنة ؛ لعدم الفرق بين ما قبلها وبعدها وأثنائها ، بل لو لم تعلم بعننه فأسقطت خيارها على تقدير عننه فالظاهر السقوط على نحو إسقاط خيار العيب في البيع قبل العلم بثبوته ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك[٢].

نعم ، عن العامّة وجه بعدم اللزوم في الاختيار في الأثناء بناءً على أن لا خيار لها إلّا بعد الأجل ، فلا عبرة باختيارها المقام كما لا عبرة بفسخها[٣] ، وضعفه ظاهر .

إنّما الكلام : في اقتضاء نفس الصبر عن المرافعة ذلك ، كما هو

← وصرّح بالحكم في الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٣، وقواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٨، وجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٦٦، ومسالك الأفهام: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٨.

(١) تقدّم في ص ٥٧٧.

(٢) صرّح بسقوط الخيار بإسقاطه في أثناء السنة في المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥، وقواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٩، وجامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٧٨، وكشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٨٢.

(٣) المغني (لابن قدامة): ج ٧ ص ٦٠٩، المجموع: ج ١٦ ص ٢٨٣، التهذيب (للبغوي): ج ٥ ص ٤٦٧.

الظاهر من الشيخ[١] وجماعة[٢]، بل صرّح بعضهم[٣] بـفوريّة المـرافـعة كفوريّة الفسخ.

إلّا أنّه ـ مع وجوب تقييده بعدم العذر لها في ذلك لجهل ونحوه ـ قد يناقش: بأعمّيّة الصبر من ذلك خصوصاً مع التصريح منها بعدم كـون ذلك عن رضا به، وبعدم الدليل على وجوب الفور في المرافـعة عـلى وجهٍ يقتضي سقوط خيارها بعد ذلك حتّى لو صرّحت بعدم كون ذلك عن رضا منها، خصوصاً مع وضوح الفرق بـينها وبـين الخـيار: بـأنّ مشروعيّته على الفور على وجهٍ لو تواطآ على التراخي لم يكن لهـما، بخلاف المرافعة.

↑ ج ٣٠ / ٣٥٨

اللّهمّ إلّا أن تدفع: بمنافاة التراخي فـي المـرافـعة لفـوريّة الخـيار وللأمر بالتربّص سنة، الذي قد يجمع بينه وبين الخبر الآخر[٤] ـ المصرّح فيه بكون المبدأ يوم المرافعة ـ: بأنّ المراد سنة من حـين العـنن بـأمر الحاكم، وذلك لا يكون إلّا مع الفور برفع الحال إليه، وإلّا تأخّر الخيار عن زمانه.

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿إن﴾ لم تصبر بل ﴿رفعت أمرها إلى الحاكم

---

(١) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٣.

(٢) كالعلّامة في القواعد: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٨، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٦٦، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / ما يردّ به ج ٨ ص ١٣٧.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك: (انظره في الهامش السابق: ص ١٣٨)، والطباطبائي في الرياض: النكاح / في العيوب ج ١١ ص ٤٧٢ ـ ٤٧٣.

(٤) وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٩ و١٢ ج ٢١ ص ٢٣٢.

أجّلها سنة من حين المرافعة[١]، فإن واقعها أو واقع غيرها فلا خيار﴾ لعدم العنن حينئذٍ بناءً على ما عرفته سابقاً في بيان موضوعه. خلافاً للمفيد فاكتفى بالعجز عنها[٢]، وقد عرفت ضعفه فيما تقدّم.

﴿وإلّا كان لها الفسخ﴾ من غير فرق بين العنن السابق على العقد والحادث بعده، بلا خلاف معتدّ به أجده فيه، بل عن جماعة: الإجماع عليه[٣].

وهو الحجّة، مضافاً إلى:

صحيح أبي حمزة السابق[٤].

وصحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «العنّين يتربّص به سنة، ثمّ إن شاءت امرأته تزوّجت، وإن شاءت أقامت»[٥].

وخبر البختري[٦] عنه أيضاً عن أبيه عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: يؤخّر العنّين سنة من يوم مرافعة امرأته، فإن خلص إليها وإلّا فرّق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثمّ طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها»[٧].

---

(١) أُشير في هامش المعتمدة إلى نسخة ـ مطابقة لنسختي الشرائع والمسالك ـ بدلها: الترافع.

(٢) المقنعة: النكاح / باب التدليس ص ٥٢٠.

(٣) مفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٠ ج ٢ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٤) في ص ٦٣١.

(٥) تقدّم في ص ٥٧٨.

(٦) عبّر عنه سابقاً بـ «أبي البختري».

(٧) تقدّم في ص ٥٧٨.

وخبر الكناني قال[١]: «إذا تزوّج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أُجّل سنة حتّى يعالج نفسه»[٢].

إلى غير ذلك من النصوص المؤيّدة[٣] بالاعتبار؛ لأنّ العجز قد يكون لحَرٍّ فيتربّص به إلى الشتاء، أو بردٍ فيتربّص به إلى الصيف، أو رطوبةٍ فيتربّص به إلى الخريف، أو يبوسةٍ فيتربّص به إلى الربيع.

فما[٤] عن أبي علي: من قصر التأجيل على الحادث بعد العقد، دون السابق فيجوز لها الفسخ فيه في الحال[٥]؛ لقول الصادق عليه السلام في خبر غياث: «إذا علم أنّه عنّين لا يأتي النساء فرّق بينهما...»[٦]، وخبر أبي الصباح: «سألته عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارقه؟ قال: إن شاءت»[٧].

↑ ج ٣٠ / ٣٥٩

وهما ـ مع الضعف ـ مطلقان، لابدّ من حملهما على التفصيل في

---

(١) في نوادر ابن عيسى والاستبصار: عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٢) النوادر (لابن عيسى): ح ١٨٠ ص ٨١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٢٩ ج ٧ ص ٤٣١، الاستبصار: النكاح / باب ١٥٢ العنين وأحكامه ح ٣ ج ٣ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧ ج ٢١ ص ٢٣١.

(٣) كما في جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٦٧، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٧٠ ج ٢ ص ٣٠٦.

(٤) في سَوق العبارة ركاكة حتّى لو جعلنا خبر هذه الكلمة قوله: «لقول الصادق».

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٦.

(٦) تقدّم في ص ٥٧٦.

(٧) تقدّم في ص ٥٧٧.

الأخبار الأُول، بل في المختلف: «إنّ العلم بعنّته إنّما يحصل بالتأجيل سنة»[١]، هذا.

ومن المعلوم سقوط حكم العنّة بتغييب[٢] الحشفة في الفرج بحيث يشتمل عليها شفراها اتّفاقاً[٣]، فإنّه أقلّ وطء معتبر شرعاً مستوجب لسائر أحكامه.

نعم، لو لم يشتمل عليها الشفران ـ بأن انقلبا ـ ففي الاعتبار وجهان للشافعيّة[٤] أظهرهما الاعتبار؛ لحصول التقاء الختانين فإنّ المشهور في معناه التحاذي، ولتحقّق الإيلاج الذي لا يقدر عليه العنّين، وكون الشفرين بمنزلة ما يلفّ على الذكر من خرقة ونحوها.

ولو كان مقطوع الحشفة فالظاهر اعتبار قدرها، وربّما احتمل[٥] اعتبار دخول المجموع؛ لأنّه مع وجود الحشفة يكون للوطء المعتبر حدّ يرجع إليه، ولا كذلك مع القطع، فلا يقطع بحصول المعتبر منه إلّا بتغيّب الجميع، وعن التحرير التردّد[٦].

﴿و﴾ على كلّ حال، فلها أيضاً بعد الفسخ ﴿نصف المهر﴾

---

(١) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٧.

(٢) في بعض النسخ: بتغيّب.

(٣) كما في كشف اللثام: النكاح / في العيب ج ٧ ص ٣٨١.

(٤) روضة الطالبين: ج ٦ ص ١٨٦.

(٥) كما في كشف اللثام: (انظر الهامش قبل السابق).

(٦) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٤٠.

بلا خلاف معتدّ به أيضاً[١]، بل[٢] لصحيح أبي حمزة السابق[٣] المعتضد بالعمل وبما عن فقه الرضا عليه السلام[٤]، الذي يجب به الخروج عن مقتضى قاعدة الفسخ.

خلافاً لأبي علي أيضاً: فالجميع إذا خلا بها وإن لم يدخل[٥] بناءً منه على إلحاق الخلوة بالدخول بالنسبة إلى قرار المهر، وستسمع الكلام فيه في محلّه إن شاء الله[٦].

بل لو سلّم كان المتّجه هنا القول بالنصف؛ للصحيح المزبور المعتضد بما عرفت، الذي لا يعارضه المروي عن قرب الاسناد: «عن عنّين دلّس نفسه لامرأة، ما حاله؟ قال: عليه المهر، ويفرّق بينهما إذا علم أنّه لا يأتي النساء»[٧] بعد قصور سنده والإعراض عنه، مع أنّه خالٍ عن التقييد بالخلوة.

ج ٣٠ / ٣٦٠

(١) ينظر النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦٥، والجامع للشرائع: النكاح / العيوب التي يجوز معها الفسخ ص ٤٦٤، وإرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٨، واللمعة الدمشقيّة: النكاح / الفصل السابع ص ١٩٩، ومفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٣٨ ج ٢ ص ٢٧٦.

(٢) كأنّها لا حاجة لها.

(٣) في ص ٦٣١.

(٤) فقه الرضا عليه السلام: باب ٣٢ النكاح والمتعة ص ٢٣٧، مستدرك الوسائل: باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس ح ٤ ج ١٥ ص ٥٥.

(٥) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٧.

(٦) في ج ٣٢ ص ١٣٥...

(٧) قرب الاسناد: ح ٩٨٣ ص ٢٤٩، وسائل الشيعة: باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ١٣ ج ٢١ ص ٢٣٢.

تتمّة

يثبت غير العنن من العيوب بإقرار صاحبه، واليمين المردودة، والنكول على قول، وشهادة عدلين، وفي العيوب الباطنة للنساء بشهادة أربع من النساء عادلات؛ لصحيح داود بن سرحان السابق[١] وغيره[٢].

ولو كان لكلّ من الرجل والامرأة عيب موجب للخيار يثبت لكلّ منهما؛ لإطلاق الأدلّة، حتّى في الرتق الممتنع إزالته مع الجبّ، وإن كان لا يخلو من إشكال؛ باعتبار ظهور النصّ في أنّ العلّة في ذلك تضرّر أحدهما بعدم التمكّن من الوطء، وهنا لا ضرر لاشتراكهما.

ولو طلّق قبل الدخول ثمّ علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، ولا فسخ له هنا لعدم الزوجيّة، بل وكذا بعده حتّى في الرجعيّة لذلك أيضاً، مع احتماله فيها لبقاء العلقة، فيفيد حينئذٍ تعجيل البينونة وحلّ الخامسة والأُخت وانقطاع الإرث ونفقة العدّة. وليس له الرجعة ثمّ الفسخ بالعيب؛ لكونها بعد العلم به رضا به، نعم لو لم يعلم إلّا بعد الرجعة كان له الفسخ بلا إشكال.

وهل يثبت للأولياء الخيار إذا ظهر لهم العيب؟ الوجه ذلك كما في القواعد[٣] مع مصلحة المولّى عليه، زوجاً كان أو زوجةً؛ للعموم

(١) في ص ٥٩٦.

(٢) وسائل الشيعة: باب ٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢١٦.

(٣) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٦٩.

المقتصر على خروج الطلاق منه نصّاً وإجماعاً.

وحينئذٍ فإذا اختار الإمضاء لم يكن للمولّى عليه بعد كماله فسخ، لكن في القواعد: «لم يسقط خياره»[١]، وكأنّه منافٍ لإثباته للولي.

نعم، قد يحتمل عدم الخيار للولي كما سمعته سابقاً في نظائر المقام؛ لأنّه منوط بالشهوة، فهو كالطلاق، بل لعلّه المشهور في غير المقام، لكن سمعت المناقشة فيه هنا[٢]، والله العالم.

ج ٣٠ / ٣٦١

﴿المقصد الثالث: في التدليس﴾

وهو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة، والدَّلَس ـ محرّكاً ـ الظلمة[٣]، فكأنّ المدلّس لمّا دلّس وخدع أظلم الأمر على المخدوع، ذكروه في كتاب البيع[٤]، وأثبتوا به الخيار إن فعل ما يظهر به ضدّ الواقع؛ كتحمير وجه الجارية ووصل الشعر والتصرية للشاة... ونحو ذلك، ولعلّ ذلك هو المنساق منه.

إلّا أنّ الذي يظهر من نصوص المقام[٥] ـ بل هو صريح جماعة من الأصحاب[٦] ـ تحقّقه هنا بالسكوت عن العيب مع العلم به، فضلاً عن

(١) المصدر السابق.

(٢) تحتمل بعض النسخ: منّا.

(٣) المحكم (لابن سيده): ج ٨ ص ٤٥٢ (دلس)، الصحاح: ج ٣ ص ٩٣٠ (دلس).

(٤) في ج٢٤ ص ٤٩١ و٥٣٢.

(٥) كأخبار الحلبي وغياث وابن مسلم، المتقدّم أوّلها في ص ٥٦٦، وثانيها في ص ٦١٦ ـ ٦١٧، والآتي ثالثها في ص ٦٤٧.

(٦) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / تتمّة بحث العيوب ج ١ ص ٣٥١، والطباطبائي ←

الإخبار بضدّه من السلامة، وبوصف الحرّيّة ونحوها واشتراط البكارة على حسب ما ستعرفه، وكأنّ المنشأ في ذلك أدلّة المقام.

ومنه يعلم ما فيه من الإشكال به في القواعد، قال فيها: «ويتحقّق بإخبار الزوجة أو وليّها أو وليّ الزوج أو السفير بينهما ـ على إشكال ـ بالصحّة أو الكماليّة عقيب الاستعلام أو بدونه، وهل يتحقّق لو زوّجت نفسها أو زوّجها الولي مطلقاً؟ إشكال، ولا يتحقّق بالإخبار لا للتزويج أو له لغير الزوج»[١].

بل في كشف اللثام ـ بعد أن ذكر وجه الإشكال: من عدم الإخبار، ومن انصراف الإطلاق إلى السالم الكامل، وإطلاق قوله عليه السلام في خبر رفاعة: «... وإنّ المهر على الذي زوّجها، وإنّما صار عليه المهر لأنّه دلّسها...»[٢] ـ قال: «وهو عندي ضعيف مخالف للأُصول خصوصاً في الكمال، ولا سيّما بالنسب ونحوه. ولو فرّق بين ما يعلم عادةً عدم الرغبة في النكاح معه من عيب أو نقص مطلقاً أو بالنظر إلى حال الزوج وخلافه كان حسناً، ومثله الكلام فيما لو زوّج نفسه أو زوّجه الولي مطلقاً»[٣].

↑ ج ٣٠ / ٣٦٢

← في الرياض: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٥.

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٦٩.

(٢) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٩ ج ٥ ص ٤٠٧، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٨ ج ٧ ص ٤٢٤، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢١٢.

(٣) كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٨٤.

قلت: لا إشكال في عدم التدليس بالسكوت عن صفة الكمال، كما لا إشكال في تحقّق حكمه بالسكوت عن العيب من العالم به هي أو وليّها، وليس الدليل منحصراً في خبر رفاعة الذي وصفه بالضعف والمخالفة للأُصول، بل يشعر به صحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في الرجل الذي يتزوّج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء ولم يبيّنوا له؟ قال: لا تردّ، إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: أرأيت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحلّ من فرجها، ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»[١]؛ ضرورة ظهورهما في تحقّق التدليس ـ الذي يرجع به على الولي ـ بعدم بيان مثل هذه العيوب.

ونحوه: صحيح محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[٢].

وإطلاق مرسل ابن بكير: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يتزوّج المرأة بها الجنون والبرص وشبه ذلك؟ قال: هو ضامن للمهر»[٣].

وما يشعر به صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جارة له لا يعرف دخيلة أمرها، فوجدها قد دلّست عيباً هو بها؟ قال: يؤخذ المهر منها، ولا يكون على

---

(١) تقدّم في ص ٥٦٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما يردّ منه النكاح ح ٤٤٩٦ ج ٣ ص ٤٣٣، وسائل الشيعة: باب ١ من أبواب العيوب والتدليس ذيل ح ٦ ج ٢١ ص ٢٠٩.

(٣) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٧ ج ٥ ص ٤٠٦، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٣ ج ٢١ ص ٢١٢.

الذي زوّجها شيء...»[١].

وخبر محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: «في كتاب عليّ عليه السلام: من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه، ولم يبيّن ذلك لزوجها، فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها، ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوّجها ولم يبيّن»[٢].

إلى غير ذلك من النصوص الدالّة على ذلك؛ كصحيح الحذّاء[٣] وصحيح داود بن سرحان[٤] وخبر غياث بن إبراهيم[٥] وغيرها.

ج ٣٠ / ٣٦٣

بل هو أيضاً ظاهر المحكي عن مبسوط الشيخ[٦] وابن الجنيد[٧] وصريح المحكي عن التحرير[٨]، بل صرّح به أيضاً ثاني الشهيدين[٩] والمحقّقين[١٠]، بل في موضع من جامع المقاصد: «أنّه المفهوم من كلام الفقهاء والنصوص عن أئمّة الهدى (صلوات الله عليهم أجمعين)»[١١]،

---

(١) تقدّم في ص ٦١٩ ـ ٦٢٠.

(٢) تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٤ ج ٧ ص ٤٣٢، وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧ ج ٢١ ص ٢١٤.

(٣) تقدّم في ص ٥٩٤.

(٤) تقدّم في ص ٥٩٦.

(٥) تقدّم في ص ٦١٦ ـ ٦١٧.

(٦) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢.

(٧) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٦.

(٨) تحرير الأحكام: النكاح / في العيوب ج ٣ ص ٥٣٦ ـ ٥٣٧.

(٩) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٣٩ ـ ١٤٠.

(١٠) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٥٦.

(١١) جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٢٨٣.

فلا إشكال حينئذٍ في تحقّقه في ذلك هنا.

كما لا إشكال في اعتبار الاشتراط أو الوصف بالنسبة إلى صفات الكمال، كما تسمع[١] ما ورد فيها من النصوص.

وأمّا إشكاله في السفير ففي جامع المقاصد: «إن أراد به المتولّي للعقد بين الزوجين لم يكن للإشكال فيه وجه؛ لأنّ النصّ وكلام الأصحاب صريحان في أنّ العاقد على ذات العيب يغرم مهرها، إلّا إذا لم يكن عالماً بحالها فالغرم عليها. وإن أراد به الرسول بينهما والمتولّي للعقد غيره فالغرم على العاقد، لا عليه».

«نعم، يجيء الإشكال فيما إذا كان العاقد بعيداً عن العلم بأحوال الزوجة والواسطة عالماً بحالها؛ لأنّه حينئذٍ غارّ يتغرّم، وظاهر النصّ ينفي الغرم عنه لتعليقه بالمنكح. ومثله ما لو أخبر السفير الولي بأنّه أعلم الزوج بالعيب ـ مثلاً ـ وكان كاذباً، فإنّ الإشكال في تغريمه من حيث إنّه غارّ، ومن حيث إنّ الولي مفرّط في الركون إلى خبره».

«هذا حكم العيب، وأمّا حكم النقص فإنّ الغرم على من وصف المرأة بالحرّيّة فظهرت أمة، وعلى من شرط البكارة فظهر ضدّها، ولا تفاوت بين كونه وليّاً وأجنبيّاً»[٢].

ولا يخفى عليك ما في كلامه من التشويش الذي لم يرجع إلى محصّل، والذي يظهر من نصوص المقام[٣]: أنّ المدلّس الذي يرجع

---

(١) في ص ٦٦٧ و٦٦٩...

(٢) الهامش قبل السابق: ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢١١.

عليه بالمهر هو المتولّي شرعاً لأمر الامرأة، أو عرفاً ولو بتوليتها هي أمرها، إذا كان عالماً بعيبها عارفاً بدخيلة أمرها.

↑ ج ٣٠ / ٣٦٤

ولا مدخليّة للأجنبي المباشر للفظ العقد، والإنكاح الموجود في النصّ[1] لا يراد منه مباشرة العقد، بل المراد منه: من يسند إليه التزويج على وجه إسناده إلى الأولياء العرفيّين الذي يكون العقد عليها أحد ما وقع بأمرهم من مقدّمات النكاح، وهو الذي يراد منه الإعلام بالأمر وإظهار الحال للزوج، كما أنّه هو الذي يسند إليه التفريط بترك الإخبار.

بل الظاهر اختصاصه بالغرامة وإن كان قد شاركته الامرأة بعدم إعلام الزوج، إلّا أنّه حيث كان هو المتولّي الذي يراد منه الإخبار بنحو ذلك اختصّ بالغرامة دونها، بل ربّما كان القول قولها بيمينها لو أنكر العلم بالعيب الظاهر فيها الذي يبعد خفاؤه على مثله، كما صرّح به في جامع المقاصد في مقام آخر ـ بعد أن ذكر[2] ما لا يخلو من تشويش أيضاً فيما يصير به الشخص مدلّساً ـ قال: «ويناسب الحال أن يراد بالولي هنا: المتولّي لأمرها وإن كان وكيلاً؛ بحيث يكون تزويجها مستنداً إليه سواء باشر العقد أم لا، والأخبار لا تدلّ على أمر غير ذلك، والدليل لا ينهض إلّا عليه؛ لأنّ التدليس منوط بالباعثيّة»[3]. وكأنّه أراد ما ذكرنا.

إلّا أنّه ينبغي أن يعلم: أنّ ذلك من خواصّ المقام؛ ضرورة عدم جريان مثله في التدليس بالبيع.

---

(١) كخبر الحلبي المتقدّم في ص ٥٦٦.

(٢) جامع المقاصد: النكاح / في العيب ج ١٣ ص ٢٥٦.

(٣) المصدر السابق: ص ٢٥٧.

كما أنّه ينبغي أن يعلم: أنّه قد ظهر لك ممّا ذكرنا مجامعة العيب للتدليس وانفراد كلّ منهما عن الآخر:

فقد يكون عيباً[١] من غير تدليس؛ كما لو كان خفيّاً على الزوجة ووليّها، وما في جامع المقاصد من التوقّف في ذلك[٢] في غير محلّه.

وتدليس من غير عيب؛ كمسائل هذا الفصل المشتملة على فقد صفات الكمال.

وتدليس وعيب كما لو دلّس بالعيب، وهو الذي تقدّم في الفصل السابق، إلّا أنّه لا حكم له زائداً على خيار العيب إلّا في الرجوع بالمهر الذي قد عرفت الكلام فيه.

وأمّا احتمال إثبات الخيار من جهته فهو واضح الفساد؛ ضرورة ظهور النصّ والفتوى في اتّحاد جهة الخيار بالتدليس بالعيب الذي قد عرفت أنّه يتحقّق بمجرّد السكوت عن الإخبار بالعيب مع العلم به الذي لا يصحّ فيه إسقاط الخيار من جهة العيب وبقاؤه من جهة الكتمان[٣]، بل النصوص صريحة في فساده كما هو واضح. ↑ ج ٣٠ / ٣٦٥

﴿و﴾ كيف كان، فـ﴿ـفيه﴾ أي هذا المقصد ﴿مسائل﴾:

﴿الأُولى﴾

﴿إذا تزوّج﴾ الحرّ أو العبد ﴿امرأة﴾ معيّنة ﴿على﴾ شرط ﴿أنّها حرّة فبانت أمة﴾ كلّاً أو بعضاً صحّ العقد مع إذن السيّد أو إجازته وكون

---

(١) في بعض النسخ: عيب.

(٢) الهامش قبل السابق.

(٣) في بعض النسخ: كتمان.

العاقد ممّن يجوز له نكاح الأمة ؛ لإطلاق الأدلّة ، والإجماع المحكي عن السرائر[١]. نعم ﴿كان له الفسخ ولو دخل[٢]﴾ قيل : «لأنّ فائدة الشرط قلب العقد اللازم جائزاً ، بل لا يسقط الخيار الحاصل منه بالتصرّف»[٣] كما عرفته في محلّه .

وفيه : أنّ الأولى الاستدلال بظاهر النصّ[٤] والفتوى بتحقّق الخيار بالتدليس بنحو ذلك ، لا للشرط المزبور ، وإلّا لكان مقتضاه ثبوت الخيار بتعذّر كلّ شرط في عقد النكاح ، أو بالامتناع من الوفاء به على نحو ما سمعته في البيع . واحتمال الالتزام بذلك ينافيه اقتصارهم في خيار النكاح على العيوب المخصوصة والتدليس بالأُمور المذكورة ، بل تصريحهم بعدم قبول النكاح لاشتراط الخيار .

﴿و﴾ على كلّ حال ، فما ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه[٥] وخلافه[٦] : ﴿العقد باطل﴾ لقاعدة لزوم الوفاء بالشرط المتعذّر هنا ، بل هو مشخّص للمعقود عليها ، فمع انتفائه يكون الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع .

كما ترى ؛ إذ فيه : أنّ لزوم الوفاء به لا يقتضي بطلان العقد بتعذّره ،

---

(١) السرائر: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٦١٤.

(٢) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: بها.

(٣) جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٢٨٨.

(٤) وسائل الشيعة: انظر باب ٨ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢٢٠.

(٥) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٤.

(٦) الخلاف: النكاح / مسألة ١٣٢ ج ٤ ص ٣٥٢.

خصوصاً مع كونه حقّاً للمشروط له ، فله إسقاطه ورفع اليد عنه ، وتشخيصه للعقد لا يزيد على تشخيص الوصف الذي قد عرفت في محلّه تسلّط الخيار لانتفائه ، لا فساد العقد .

﴿و﴾ حينئذٍ فلا ريب في أنّ ﴿الأوّل أظهر﴾ منه ، بل هو واضح الضعف ، بل لو لم يكن ذلك بإذن المولى كان صحيحاً أيضاً موقوفاً على الإجازة ؛ لما عرفته في محلّه . نعم ، لو لم يكن العاقد ممّن يجوز له نكاح الأمة كان فاسداً .

ج ٣٠ / ٣٦٦

اللّهمّ إلّا أن يريد الشيخ ذلك ، أو الأوّل مع التجوّز في البطلان ، أو أنّ مذهبه ذلك في نكاح الأمة من دون إذن سيّدها ؛ لما تقدّم في محلّه ، وخصوص خبر الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام : «في رجل تزوّج امرأة حرّة ، فوجدها أمة قد دلّست نفسها؟ قال : إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد . قلت : كيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟ قال : إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوّجها إيّاه وليّ لها ارتجع على وليّها بما أخذت منه ، ولمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها ، قال : وتعتدّ منه عدّة الأمة . قلت : فإن جاءت منه بولد؟ قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الموالي»[1] .

لكنّ الظاهر إرادته الفساد مع عدم إجازة الموالي ، ولا ريب في

---

(١) تقدّم في ص ٣٨٧.

الفساد حينئذٍ ، وهو واضح ، كوضوح الحال في لزوم العقد على الصحّة مع رضا السيّد والزوج بعد العلم بالحال .

﴿و﴾ أنّه ﴿لا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول﴾ لما تقدّم من أنّ مقتضاه ردّ كلّ عوض إلى صاحبه ، بل ﴿و﴾ لا في أنّ ﴿لها المهر﴾ تماماً ﴿بعده﴾ لما تقدّم من قراره بالدخول ، وقد فرض كون العقد صحيحاً ، ومقتضى صحّته لزوم ما تضمّنه من المسمّى .

ولا يعارضه أنّ مقتضى الفسخ رجوع المسمّى إلى مالكه وغرامة مهر المثل عوض ما استوفاه من منفعة البضع ؛ لما عرفت من أنّ الفسخ وإن اقتضى ذلك لكن في خصوص المقام ونظائره لا يقتضي سوى فسخ العقد وردّ البضع إلى أهله ؛ للأدلّة الدالّة على قرار المهر بالدخول وإن فسخ بعده ، كما عرفته فيما سبق وتعرفه فيما يأتي .

فما عن ابن الجنيد هنا أيضاً : من وجوب مهر المثل[1] ، واضح الضعف ، كما عرفته فيما تقدّم .

﴿و﴾ كذا ما ﴿قيل﴾ عن المقنع[2] والنهاية[3] وغيرهما[4] : ﴿لمولاها[5] العشر﴾ إن كانت بكراً ﴿أو نصف العشر﴾ إن كانت ثيّباً

---

(١) ذكره في خصوص ما لو كان المدلّس هو المولى، انظر كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٨٥.

(٢) المقنع: باب النكاح ص ٣١٣.

(٣) النهاية: النكاح / باب العقد على الإماء ج ٢ ص ٣٤٠ ـ ٣٤٢.

(٤) كإصباح الشيعة: النكاح / الفصل السادس ص ٤١٠ ـ ٤١١.

(٥) في نسخة الشرائع: لمولاه.

ج ٣٠ / ٣٦٧

﴿ويبطل المسمّى﴾ لصحيح الوليد الذي هو وإن كان معتبر السند، وقابلاً لتخصيص ما دلّ[١] على خلافه، وموافقاً لقاعدة الفسخ في الجملة، ولما دلّ على عدم خلوّ البضع عن مهر[٢]، إلّا أنّه ـ لإعراض المعظم، واحتمال وجوب العشر ونصفه في صورة الفساد، وإن رجع هو به على المدلّس إن كان، بل لعلّه الظاهر منه عند التأمّل، فهو حينئذٍ خارج عمّا نحن فيه... وغير ذلك ـ كان قاصراً عن معارضة ما دلّ[٣] على وجوب المسمّى مع صحّة العقد من وجوه.

﴿و﴾ من هنا كان ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وقواعده، كما عرفت تفصيل الكلام فيه، بل وفي أنّ لها المسمّى أو مهر المثل أو العشر ونصف العشر في النكاح الفاسد، بل وفي أنّ وطء الشبهة أيضاً يوجب مهر المثل أو المقدّر، وفي أنّه يغرم أرش البكارة مع ذلك أيضاً أو لا، وفي استحقاقها العوض مع علمها بالتحريم... وغير ذلك ممّا تقدّم في المباحث السابقة، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يرجع بما اغترمه[٤]﴾ من مهر بل وقيمة ولد ونفقة ﴿على المدلّس﴾ إن كان النكاح فاسداً قطعاً، بلا خلاف معتدّ به أجده فيه[٥]؛ لـ:

---

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٥١ و٥٤ من أبواب المهور ج ٢١ ص ٣١٣ و٣١٩.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من أبواب عقد النكاح ج ٢٠ ص ٢٦٤.

(٣) وسائل الشيعة: انظر باب ٥٤ من أبواب المهور ج ٢١ ص ٣١٩.

(٤) في نسخة الشرائع بعدها إضافة: من عوض البضع.

(٥) كما في رياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٧.

↑ ج ٣٠ / ٣٦٨

قاعدة الغرور.

والنصوص السابقة في التدليس بالعيب[١].

وصحيح الوليد المتقدّم آنفاً.

وخبر إسماعيل بن جابر: «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام: عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بعدُ أنّها غير ابنته وأنّها أمة؟ قال: تردّ الوليدة على مواليها والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»[٢].

وفي خبره الآخر عنه عليه‌السلام أيضاً: «... قلت: جاء رجل إلى قوم فخطب إليهم أن يزوّجوه من أنفسهم، فزوّجوه وهو يرى أنّها من أنفسهم، فعرف بعد ما أولدها أنّها أمة؟ قال: الولد له، وهم ضامنون لقيمة الولد لمولى الجارية...»[٣].

إلى غير ذلك ممّا هو معتضد بعدم الخلاف فيه ﴿و﴾ عدم الإشكال.

نعم ﴿لو كان مولاها دلّسها قيل﴾ والقائل الشيخ والجماعة كما في المسالك[٤]: ﴿يصحّ﴾ العقد ﴿و﴾ لا خيار فيه؛ لأنّها ﴿تكون حرّة بظاهر إقراره﴾ أو إنشائه لو كان قد قال: «هي حرّة» أو «هذه حرّة» أو

(١) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢١١.

(٢) تقدّم في ص ٤٠٣ ـ ٤٠٤.

(٣) تقدّم في ص ٤٠٤.

(٤) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٤٢ ـ ١٤٣.

نحو ذلك ممّا يقتضي الحكم بحرّيّتها إقراراً أو إنشاءً قبل حصول العقد عليها، فمع فرض رضاها بالنكاح سابقاً أو لاحقاً يصحّ العقد على جهة اللزوم ﴿و﴾ يكون المهر لها.

نعم ﴿لو لم يكن تلفّظ بما يقتضي العتق﴾ لا إقراراً ولا إنشاءً ﴿لم تعتق﴾ بل هي باقية على الرقّ، خلافاً لما عن ظاهر المبسوط[١] ﴿ولم يكن لها مهر﴾ لأنّ الفرض تدليس المولى إيّاها، والمهر راجع إليه.

بل لو كان قد دفع إليها شيئاً من المهر بإذنه فأتلفته يرجع به عليه؛ للغرور أيضاً.

بل في القواعد: احتمال الرجوع عليه وإن لم يأذن، والرجوع به في كسبها والتبعيّة به بعد العتق[٢].

وهو وإن كان جيّداً ـ بل وافقه عليه جماعة من المتأخّرين[٣] ومتأخّريهم[٤] ـ لكنّه خروج عن موضوع المسألة، الذي هو: تدليسها حرّة ثمّ ظهر بعد ذلك أنّها أمة ولو للعلم بكذب إقراره، ولعلّه لذا نسبه المصنّف إلى القيل مشعراً بتمريضه.

---

(١) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٤.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٠.

(٣) كالفخر في الإيضاح: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ١٨٣ ـ ١٨٤، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٢٩٠.

(٤) كالعاملي في نهاية المرام: النكاح / تتمّة بحث العيوب ج ١ ص ٣٥٣، والسبزواري في الكفاية: النكاح / تتمّة بحث العيوب ج ٢ ص ٢٠٩.

↑ ج ٣٠ / ٣٦٩

نعم، قيل[١]: ينبغي استثناء أقلّ ما يتموّل أو مقدار مهر المثل في صورة الرجوع بالمهر؛ لئلّا يخلو البضع عن المهر.

وفيه: ما عرفته سابقاً من منافاته لدليل الرجوع، الظاهر ـ أو الصريح ـ في المسمّى جميعه، الموافق لفتوى المعظم.

اللّهمّ إلّا أن يقال في خصوص المقام: باستثناء العشر أو نصفه منه لصحيح الوليد السابق[٢]، ويمكن تنزيل ما سمعته من المقنع والنهاية على هذه الصورة خاصّة، وإن كان فيه ما عرفته أيضاً.

ولو تحرّرت بعد النكاح، فعلم الزوج ـ في حال حرّيّتها ـ أنّها كانت أمة مدلّسة قبل النكاح، فالظاهر ثبوت الخيار، خلافاً لمحتمل القواعد[٣] في نظير المسألة من عدم الخيار؛ لارتفاع الضرر، وأصالة اللزوم... ونحو ذلك ممّا لا يعارض إطلاق دليل الخيار، والله العالم.

﴿ولو دلّست﴾ هي ﴿نفسها كان عوض البضع لمولاها﴾ وهو المسمّى في العقد مع إجازته على الأصحّ، ومهر المثل أو العشر ونصفه إن لم يجز ﴿و﴾ لكن ﴿رجع[٤] الزوج به عليها إذا أُعتقت﴾ لقاعدة الغرور.

﴿ولو كان دفع إليها المهر استعاد ما وجد منه﴾ ودفعه بعينه

---

(١) كما في مفاتيح الشرائع: مفتاح ٧٣٨ ج ٢ ص ٢٧٧.

(٢) في ص ٣٨٧ و٦٥٢.

(٣) قواعد الأحكام: النكاح / مبطلات نكاح الإماء ج ٣ ص ٥٨.

(٤) في نسخة الشرائع: يرجع.

إلى المولى إذا كان العقد واقعاً عليه، وإلاّ إن شاء دفعه أو غيره من الأفراد ﴿و﴾ أمّا ﴿ما تلف منه﴾ فـ﴿يتبعها به[1] عند حرّيّتها﴾ للقاعدة السابقة.

ولا فرق في هذه الأحكام بين الحرّ والعبد؛ لإطلاق الدليل، نعم حكم الرجوع ونحوه لسيّده، بل والخيار بناءً على اختصاص الطلاق في كونه بيد العبد دون غيره، كما تقدّم الكلام فيه سابقاً.

نعم، لو اُعتق قبل الفسخ فالأقرب أنّ الرجوع به للعبد؛ لأنّه حينئذٍ من كسبه وهو حرّ.

وربّما احتمل[2] كونه للمولى؛ لأنّه عوض ما دفعه عن عبده الذي لم يدخل في ملكه، بل خروجه عن ملك المولى كان متزلزلاً. وفيه منع.

ثمّ إن كان الغارّ هو الوكيل لها أو له رجع بالجميع. وإن كانت هي فكذلك، ولكن يتبعها به بعد العتق، ولا يرجع على سيّدها الذي قد استحقّ عين المهر بالوطء. ولو حصل الغرور بينهما رجع بنصفه على الوكيل حالاً ونصفه عليها بعد العتق.

↑ ج ٣٠ / ٣٧٠

ولو أولدها ففي القواعد: «كان الولد رقّاً لمولاه إن كان المدلّس سيّدها، أو أذن لها في التزويج مطلقاً، أو في التزويج به بخصوصه، أو

---

(١) ليست في نسخة الشرائع.

(٢) كما في جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٣٢١، وكشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٩٥.

بأيّ عبد كان»[١].

وفيه نظر مع فرض المسألة على وجهٍ يثبت الخيار، المتوقّف على حصول الإذن منهما، المستلزم شركة الولد بينهما لكونه نماء ملكيهما، وتدليس السيّد بالحرّيّة لا ينافي ذلك، وفرض المسألة: إذن مولى الجارية دون العبد ـ حتّى يكون الولد لمولى العبد ـ ينافي الحكم بالخيار.

هذا كلّه مع الشرط في متن العقد.

أمّا إذا تزوّجها على أنّها حرّة بالإخبار بذلك قبل العقد ـ من الولي أو الجارية أو أجنبي ـ من دون اشتراطٍ لفظاً، ففي المسالك[٢] وغيرها[٣] وعن المبسوط[٤]: عدم الخيار؛ للأصل المستفاد من عموم «أوفوا...»[٥] وغيره.

بل صريح بعضهم[٦] ذلك حتّى مع اشتراط ذلك قبل العقد؛ تمسّكاً بما دلّ على عدم العبرة بالشرائط السابقة قبل العقد من النصوص السابقة.

لكن قد عرفت ما فيه في محلّه، مضافاً إلى ظهور الأدلّة هنا ـ التي

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٢.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٤١.

(٣) كالحدائق الناضرة: النكاح / في التدليس ج ٢٤ ص ٣٩٤ ـ ٣٩٦، ورياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٦.

(٤) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٤.

(٥) سورة المائدة: الآية ١.

(٦) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٦.

منها صحيح الوليد[١] وخبر إسماعيل بن جابر[٢] المتقدّمة ـ في تحقّق التدليس بالأعمّ من ذلك ومن الإخبار بالحرّيّة قبل العقد على وجهٍ يكون الباعث له على تزويجها ذلك، بل هو قائم في نفسه قيام الداعي وإن لم يشترطه في العقد ولا قبله، بل لعلّ العرف أيضاً كذلك.

نعم، قد يتوقّف في تحقّقه بالسكوت منها أو ممّن يتولّى نكاحها مع العلم كما عرفته فيما تقدّم، مع إمكان القول بكونه تدليساً أيضاً إذا فرض علم الساكت بقدوم الزوج على الحرّيّة وإن استفادها من الأصل ونحوه، ومن هنا أطلق المصنّف وغيره[٣] ـ بل لعلّه المشهور[٤] ـ في موضوع المسألة من غير اعتبار للاشتراط.

ثمّ إنّه قد ظهر لك ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين ظهورها أجمع أمة أو بعضها، فيثبت الخيار حينئذٍ بالتدليس برقّيّة بعضها؛ للتنقيح، ولأنّ السبب في الخيار التدليس بهذا الوصف ونحوه من غير فرق بين الجميع والبعض كما هو ظاهر النصوص.

↑ ج ٣٠ / ٢٧١

لكن في القواعد: «إنّما يرجع على المدلّس بنصيب الرقّيّة؛ لأنّ التدليس إنّما وقع بالنسبة إلى ذلك البعض، بخلاف الآخر الذي صدق بالإخبار بحرّيّته»[٥].

---

(١) تقدّم في ص ٣٨٧ و٦٥٢.

(٢) تقدّم في ص ٤٠٣ ـ ٤٠٤ و٦٥٥.

(٣) كالعلّامة في الإرشاد: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٩.

(٤) نسبه إلى الأكثر في رياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٦.

(٥) قواعد الأحكام: النكاح /في التدليس ج٣ ص ٧٠ (العبارة ممزوجة مع عبارة كشف اللثام).

قلت : قد يحتمل قويّاً الرجوع بالكلّ إلاّ ما استثني من أقلّ المهر أو مهر المثل إن رجع عليها ؛ لأنّه لم يسلم له ما يريده من النكاح .

وعلى الأوّل فإن كانت هي المدلّسة وكان نصفها مثلاً رقّاً أُغرم للمولى نصف المهر ورجع عليها بنصف ما غرمه معجّلاً وتبعها بالباقي بعد العتق .

ولو كان المولى المدلّس لم يكن له شيء من المهر ، بل لو دفعه إليها بإذنه فتلف كان الرجوع عليه بنصفه ، بل قد سمعت احتمال الرجوع عليه بذلك وإن لم يأذن لكونه غارّاً ، فهو سبب في الإتلاف أقوى من المباشر .

ولو كان أجنبيّاً رجع عليه بما غرمه للمولى من نصف المهر ، بل يرجع عليه بذلك وبما دفعه لها بإذنه فأتلفته ، بل وإن لم يأذن بناءً على احتمال الرجوع به على السيّد كذلك .

المسألة ﴿الثانية﴾

عكس المسألة السابقة ، وهي : ما ﴿إذا تزوّجت المرأة برجل على أنّه حرّ فبان مملوكاً﴾ مأذوناً ﴿كان لها الفسخ قبل الدخول وبعده، ولا مهر لها مع الفسخ قبل الدخول﴾ لأنّه من قبلها ﴿و﴾ لاقتضاء الفسخ ذلك كما عرفته سابقاً . نعم ﴿لها المهر﴾ المسمّى ﴿بعده﴾ لما عرفته أيضاً فيما تقدّم ، بلا خلاف أجده في شيء من

ذلك[١]، بل ولا إشكال.

لما تقدّم.

ولصحيح محمّد بن مسلم: «سألت أبا جعفر عليه السلام[٢]: عن امرأة حرّة تزوّجت مملوكاً على أنّه حرّ، فعلمت بعدُ أنّه مملوك؟ قال: هي أملك بنفسها؛ إن شاءت أقامت معه وإن شاءت فلا، فإن كان دخل بها فلها الصداق، وإن لم يكن دخل بها فليس لها شيء...»[٣].

ج ٣٠ / ٣٧٢

وظاهر قوله عليه السلام: «الصداق» أنّه المسمّى ـ كما حقّقناه سابقاً ـ لا مهر المثل، كما أنّ ظاهره كون العبد مأذوناً، وإلّا لم يكن الخيار بيدها مع عدم إجازة السيّد، ولكن لها المهر على العبد تتبعه به بعد العتق، بخلاف ما إذا كان مأذوناً، فإنّ المهر يرجع به على السيّد؛ لما تقدّم سابقاً من أنّ مهر العبد المأذون على السيّد.

وكذا ظاهر الصحيح المزبور: عدم الفرق بين شرطيّة الحرّيّة في متن العقد وعدمها بعد صدق التدليس والغرور والخديعة، كما سمعته في السابق.

بل لا يخفى عليك إجراء جميع ما ذكرناه من الأحكام في المسألة

---

(١) كما في رياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٨.

(٢) في الوسائل: أبا عبد الله عليه السلام.

(٣) الكافي: النكاح / باب الرجل يدلّس نفسه ح ٢ ج ٥ ص ٤١٠، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٨ ج ٧ ص ٤٢٨، وسائل الشيعة: باب ١١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٢٤.

السابقة ؛ حتّى حكم ظهوره مبعّضاً وحكم ما لو كانت الامرأة أمة ، وإن كان الخيار حينئذٍ بيد المولى قطعاً .

نعم ، في القواعد هنا : «لو ظهر الزوج معتقاً فلا خيار»[١] .

وفيه ما عرفت بناءً على كون المراد عدم الخيار لو ظهر كون حرّيّته بعتقه بعد كونه زوجاً ، أمّا لو كان المراد أنّه حين النكاح[٢] معتقاً لا حرّاً بالأصل فوجه عدم الخيار حينئذٍ ظاهر ؛ ضرورة صدق الحرّيّة ، والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة﴾

﴿قيل﴾ في محكيّ المقنعة[٣] والنهاية[٤] والمهذّب[٥] والسرائر[٦] والوسيلة[٧] بل نسب[٨] إلى أكثر المتقدّمين : ﴿إذا عقد على بنت رجل على أنّها بنت مهيرة﴾ أي حرّة ﴿فكانت[٩] بنت أمة كان له الفسخ﴾ للتدليس في الصفة ، المستفاد تسبيبه الخيار من فحاوى النصوص

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٠.

(٢) الأولى إضافة «كان» بعدها.

(٣) المقنعة: النكاح / باب التدليس ص ٥١٩.

(٤) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٥) المهذّب: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٢٣٧.

(٦) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٤.

(٧) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١.

(٨) كما في رياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٩.

(٩) في نسختي الشرائع والمسالك بدلها: فبانت.

السابقة والتعليل في بعضها .

ولعلّه لا يخلو من قوّة ، خصوصاً مع احتمال إرادته من الخبرين الآتيين في المسألة الآتية ، بل لعلّه الظاهر من أحدهما .

﴿و﴾ لكن مع ذلك ﴿الوجه﴾ عند المصنّف وغيره من المتأخّرين[١] ﴿ثبوت الخيار مع الشرط﴾ في متن العقد تحقيقاً أو تقديراً على القول به ﴿لا[٢] مع إطلاق العقد﴾ ووقوع ذلك على نحو الداعي أو الشرط قبله ؛ لأصالة اللزوم ، بخلافه مع الشرط فيه الذي لا خلاف في ثبوت الخيار معه حينئذٍ ، بل عن بعضهم[٣] دعوى الإجماع عليه صريحاً ؛ لعموم : «المؤمنون عند شروطهم»[٤] المنحصر فائدته في نحو المقام في التسلّط على الخيار .

↑ ج ٣٠ / ٢٧٣

وعلى كلّ حال ﴿فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر﴾ لها على الزوج إجماعاً[٥]، ولا على أبيها الذي زوّجها على المشهور[٦] ؛ للأصل مع انتفاء المقتضي .

---

(١) كالعلّامة في القواعد: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٠، والكركي في جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٢٩٨، والشهيد الثاني في المسالك: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٤٤.

(٢) في نسخة الشرائع بدلها: إلّا .

(٣) كالطباطبائي في الرياض: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٧٩.

(٤) تقدّم في ص ٣٢٤.

(٥) كما في رياض المسائل: (انظر الهامش قبل السابق).

(٦) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / في التدليس ج ٢٤ ص ٤٠١.

خلافاً للشيخ في محكيّ النهاية: فأثبت عليه المهر[١]، وعلّله غير واحد[٢] بالرواية، ولم نقف إلّا على خبري محمّد بن مسلم الآتيين في المسألة الآتية ﴿و﴾ لا دلالة فيهما على ذلك، فالأصل حينئذٍ بحاله بعد قصور الرواية المرسلة ـ لو فرض إرادة غيرهما منها ـ عن قطعه كما هو واضح.

نعم ﴿لو فسخ بعده كان لها المهر﴾ المسمّى الذي استقرّ بالدخول على الزوج، كما عرفته فيما تقدّم من نظائر المسألة.

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع به على المدلّس أباً كان أو غيره﴾ لقاعدة الغرور، وفحاوى النصوص السابقة في أمثال المسألة، وصحيح محمّد ابن مسلم الآتي؛ حتّى لو كانت هي المدلّسة رجع عليها إن كان قد دفع إليها، وإلّا لم يكن لها شيء حتّى أقلّ ما يتموّل فضلاً عن مهر المثل، كما عرفت تحقيق المسألة فيما تقدّم، هذا.

وفي القواعد: «ولو خرجت بنت معتقة فإشكال»[٣]. ولعلّه: من دخولها في المهيرة عرفاً؛ لأنّها الحرّة كما عن الجوهري[٤] وغيره[٥]، مضافاً إلى الأصل والاحتياط. ومن دعوى تبادر الحرّة

---

(١) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٢) كابن إدريس في السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٤، والكيدري في الإصباح: النكاح / الفصل السابع ص ٤١٨.

(٣) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٠.

(٤) الصحاح: ج ٢ ص ٨٢١ (مهر).

(٥) كمجمع البحرين: ج ٣ ص ٤٨٥ (مهر).

بالأصل، وفيها منع.

والأولى أن يحمل على ظهور أنّها كانت أمّها أمة حين ولدت ثمّ أُعتقت، فإنّ الإشكال فيها أظهر: من صدق أنّها الآن مهيرة، ومن أنّها حين ولدت منها لم تكن بنت مهيرة، والظاهر أنّ العبرة بذلك حين الولادة.

ج ٣٠ / ٣٧٤

والأمر سهل بعد وضوح الحال في أصل المسألة، والله العالم.

المسألة ﴿الرابعة﴾

﴿لو زوّجه بنته من مهيرة وأدخل عليه بنته من الأمة، فعليه﴾ اجتنابها مع العلم بالحال و﴿ردّها، ولها مهر المثل إن دخل بها﴾ وهي غير عالمة وإن كان هو عالماً ﴿ويرجع به﴾ مع جهله ﴿على من ساقها إليه﴾ لقاعدة الغرور ﴿وتردّ[1] عليه التي تزوّجها﴾ لأنّ الفرض كونها امرأته.

﴿وكذا كلّ من أُدخل عليه غير زوجته فظنّها زوجته سواء كانت أرفع أو أخفض[2]﴾ أو مساوية فوطئها، فإنّه يغرم لها مهر المثل إن لم تكن عالمة، ويرجع به ـ إن لم يكن عالماً ـ على المدلّس؛ للقواعد المقرّرة، وإنّما ذكر الأصحاب هذه بخصوصها لتعرّض النصوص لها؛ فـ:

---

(١) في نسخة المسالك: ويردّ.

(٢) في نسخة الشرائع: سواء كانت أخفض أو أرفع.

في صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «سألته عن رجل خطب إلى رجل ابنته له من مهيرة، فلمّا كانت ليلة دخولها على زوجها أدخل عليه ابنة له اُخرى من أمة؟ قال: تردّ على أبيها، وتردّ إليه امرأته، ويكون مهرها على أبيها»[١].

وفي صحيحه الآخر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيرة، فأتاه بغيرها؟ قال: تردّ[٢] التي سمّيت له بمهر آخر من عند أبيها، والمهر الأوّل للّتي دخل بها»[٣].

بناءً على كون المراد منهما: إدخال الاُخرى بعد العقد على الاُولى، مع احتمال إرادة الخطبة[٤] بنت المهيرة ولكنّ العقد وقع على بنت الأمة بعنوان أنّها بنت المهيرة تدليساً من الأب، فيكون الخبران حينئذٍ دليلي المسألة السابقة، بل لعلّ الثاني منهما ظاهر في ذلك، بل والأوّل بناءً على أنّ المراد من «امرأته» فيها[٥] المسمّاة له بالخطبة ونحوها.

وعلى كلّ حال، فالمراد من الأوّل ـ بقرينة الثاني ـ كون مهر المردودة إلى زوجها على أبيها، ووجهه: أنّ الزوج يرجع بالمهر الذي

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ٤ ج ٥ ص ٤٠٦، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣ ج ٧ ص ٤٢٣، وسائل الشيعة: باب ٨ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٢١.

(٢) في التهذيب والوسائل بدلها: تزفّ.

(٣) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٥، و«التهذيب»: ح ٢، و«الوسائل»: ح ١ ص ٢٢٠.

(٤) تحتمل المعتمدة: خطبة.

(٥) الأولى التعبير بـ «فيه».

غرمه للأُولى على الأب المدلّس، فيأخذه منه ويدفعه إلى المعقودة عليه بعد فرض تساوي مهر المثل الذي غرمه للمهر الذي عقد عليه، وحينئذٍ فيوافق الخبران القواعد المعلومة.

ج ٣٠ / ٣٧٥

ومنه يعلم ما في فتوى الشيخ السابقة المبنيّة على رجوع الضمير في الخبر الأوّل للبنت من الأمة وكون الردّ قبل الدخول. مع احتماله ـ مضافاً إلى ما عرفت ـ العلم بعد الدخول، وحينئذٍ فالمراد من كون المهر على أبيها باعتبار رجوع الزوج به عليه، فقراره حينئذٍ عليه.

وقال في هذه المسألة في النهاية: «وإن كان للرجل بنتان إحداهما بنت مهيرة والأُخرى بنت أمة، فعقد لرجل على بنته من المهيرة، ثمّ أدخل عليه بنته من أمة، كان له ردّها، وإن كان قد دخل بها وأعطاها المهر كان المهر لها بما استحلّ من فرجها، وإن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر، وعلى الأب أن يسوق إليه ابنته من المهيرة، وكان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأوّل قد وصل إلى ابنته الأُولى، وإن لم يكن وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمّة الزوج»[1] لرواية محمّد بن مسلم عن الباقر عليه‌السلام، وذكر[2] الخبر الأوّل.

وفي المسالك ـ بعد حكاية ذلك عنه ـ قال: «ولا يخفى أنّ في دعوى الشيخ زيادات عن مدلول الرواية لا توافق الأُصول، مع أنّ في طريق الرواية ضعفاً»[3].

---

(١) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٥٨ ـ ٣٦٠.

(٢) لم يذكر الخبر في النهاية بل في المسالك، انظر الهامش الآتي.

(٣) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٤٧.

قلت : الخبر حسن كالصحيح ، وليس في كلام الشيخ زيادات عليه بعد فرض كون مراده ما ذكرنا ، فتأمّل جيّداً ، والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾

﴿إذا تزوّج امرأة وشرط كونها بكراً فوجدها ثيّباً﴾ وثبت بالإقرار أو البيّنة سبق ذلك على العقد كان له الفسخ ؛ لانتفاء الشرط الذي قد عرفت أنّ فائدته ذلك ، ولعلّه لا خلاف فيه كما لا إشكال .

لكن في كشف اللثام أنّ «ظاهر الأكثر وصريح بعض : عدم الخيار ؛ للأصل ، والاحتياط ، وأنّ الثيبوبة ليست من العيوب»[1] .

وفيه : أنّا لم نتحقّق ما حكاه ، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقّق الخيار مع شرط الصفات ، ككونها بنت مهيرة ونحوها ؛ لدليل الشرطيّة القاطع للأصل ، وغير متوقّف[2] على العيب حينئذٍ . ↑ ج ٣٠ / ٣٧٦

نعم ، أطلق كثير من الأصحاب فيمن تزوّج جارية على أنّها بكر فوجدها ثيّباً ﴿لم يكن له الفسخ﴾ إلّا أنّ ذلك منهم ﴿لإمكان تجدّده بسبب خفي﴾ كما أومأ إليه المصنّف ، فلا ينافي اشتراطه .

بل هو المراد من خبر القاسم[3] بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام : «في الرجل يتزوّج المرأة على أنّها بكر فيجدها ثيّباً ، أيجوز أن يقيم

---

(١) كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٨٩.

(٢) الأولى التعبير بـ«المتوقّف».

(٣) في المصدر: محمّد بن القاسم.

عليها؟ قال: قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة[١]»[٢].

أو المراد: أنّه لا دلالة في انتفاء بكارتها على فجورها أو أنّ لها بعلاً... أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي معه القيام معها؛ لأنّ البكارة قد تذهب بالنزوة ونحوها.

وعلى كلّ حال، فهو غير مفروض المسألة الذي هو اشتراط البكارة المعلوم سبق انتفائها.

بل لا يبعد ثبوت الخيار معه وإن لم يذكر ذلك شرطاً في متن العقد، وإنّما كان بتدليس منها أو من وليّها؛ لما سمعته في المسائل السابقة.

نعم، لو تزوّجها من دون اشتراط بكارة ولا تدليس، وإنّما قدم عليها على احتمالها الأمرين، لم يكن له خيار ـ بل ولا رجوع بمهر ـ وإن ظهر سبقها؛ للأصل السالم عمّا يقتضي شيئاً منهما.

وكيف كان، فإذا فسخ ـ حيث يكون له الفسخ ـ فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن كان بعده استقرّ المهر ورجع به على المدلّس وإن كانت هي، بل الأصحّ عدم استثناء قدر ما يتموّل أو مهر المثل له إذا رجع عليها؛ لما عرفته في المسائل السابقة.

﴿و﴾ أمّا إذا اختار البقاء، أو لم يكن له الفسخ لاحتمال التجدّد

---

(١) نزا: وثب وطفر. مجمع البحرين: ج ١ ص ٤١٣ (نزا).

(٢) الكافي: النكاح / باب الرجل يتزوّج بالمرأة على أنّها بكر ح ١ ج ٥ ص ٤١٣، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ١٦ ج ٧ ص ٤٢٨، وسائل الشيعة: باب ١٠ من أبواب العيوب والتدليس ح ١ ج ٢١ ص ٢٢٣.

﴿كان له أن ينقص من مهرها﴾ على المشهور بين الأصحاب[١]؛ لصحيح محمّد بن جزك: «كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوّج جارية بكراً فوجدها ثيّباً، هل يجب لها الصداق وافياً أو ينتقص؟ قال: ينتقص»[٢].

خلافاً للحلبي[٣] وابن البرّاج[٤]: فلم ينقصا منه شيئاً؛ للأصل المقطوع بالدليل، فلا ريب في ضعفه.

ج ٣٠ / ٣٧٧

إنّما الكلام في مقدار النقصان:

ففي محكيّ النهاية: «شيء»[٥] لإطلاق لفظ النقصان في الصحيح المزبور.

وفي القواعد[٦] ومحكيّ السرائر[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والتلخيص[١٠]: هو ﴿ما بين مهر البكر والثيّب، ويرجع فيه إلى العادة﴾

---

(١) كما في الحدائق الناضرة: النكاح / في التدليس ج ٢٤ ص ٤٠٩.

(٢) انظر «الكافي» في الهامش قبل السابق: ح ٢، و«التهذيب»: ح ١٧، و«الوسائل»: ح ٢.

(٣) الكافي في الفقه: الضرب الأوّل من الأحكام ص ٢٩٦.

(٤) المهذّب: النكاح / باب الصداق وأحكامه ج ٢ ص ٢١٣، لكنّ عبارته قد تشعر بخلاف المنقول عنه كما اعترف بذلك البحراني في هامش الحدائق: النكاح / في التدليس ج ٢٤ ص ٤٠٩.

(٥) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦١.

(٦) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧١.

(٧) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٥.

(٨) تحرير الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٥٤٣.

(٩) إرشاد الأذهان: النكاح / موجب الخيار ج ٢ ص ٢٩ ـ ٣٠.

(١٠) تلخيص المرام: النكاح / الفصل السابع ص ٢٠٤.

فينقص من المسمّى مقدار التفاوت بينهما نصف أو ثلث أو غيرهما ؛ لأنّه الذي فوّته المدلّس ، باعتبار أنّه بذل المسمّى في مقابلة الوصف بالبكارة[١] ولم تكن كذلك ، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحاً ومعيباً .

وضعّفه في المسالك : بأنّ ذلك إنّما يتمّ حيث يكون فواته قبل العقد ، أمّا مع إمكان تجدّده ـ أو العلم بتجدّده بناءً على كونه كذلك ـ فلا ؛ لعدم مقتضي السقوط حينئذٍ أو عدم العلم به[٢] .

﴿وقيل﴾ والقائل قطب الدين الراوندي[٣] : ﴿ينقص السدس﴾ لأنّه المراد من الشيء في الوصايا ﴿وهو غلط﴾ لخلوّ الخبر عن لفظ «الشيء» . ولو سلّم فالحمل على الوصيّة ممنوع .

وعن المصنّف في النكت : إحالته على رأي الحاكم[٤] كما هو الشأن في كلّ ما لا تقدير له شرعاً . وقد يرجع إليه القول الأوّل ؛ ضرورة أنّه لا وجه لإيكال أمر الشيء إلى الزوج أو الزوجة المؤدّي إلى النزاع في تعيين أفراد الشيء ، ولا نظير له في الشرع .

قلت : قد يقال : إنّ الأولى تقديره بالنصف ؛ عملاً بالنصوص

---

(١) في العبارة مسامحة؛ إذ بعض المسمّى مبذول في مقابل وصف البكارة.

(٢) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٥١.

(٣) نقله عنه الماتن في تعليقه على النهاية، انظر النهاية ونكتها: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٦١.

(٤) المصدر السابق: ص ٣٦٢.

المعتبرة المستفيضة الواردة في تقديره بالأمة بعشر قيمتها ونصف عشر قيمتها[١]، الظاهرة في كون التفاوت بين البكارة والثيبوبة[٢] ـ التي لا فرق فيهما بين الأمة وغيرها ـ بالنصف وإن اختلفا في كون ذلك نصف عشر القيمة ونصف المسمّى الذي قد وقع العقد والتراضي عليه، بل هو الأقوى في النظر إن لم يكن إجماع على خلافه.

كما أنّه يقوى ثبوت النقصان مع العلم بتجدّد الثيبوبة؛ لترك الاستفصال في الصحيح المزبور الذي يمكن تأييده بكونه كالمبيع قبل قبضه في ضمانه على البائع حتّى يقبض.

اللّهمّ إلّا أن يدّعى ظهور النصّ في سبق الثيبوبة أو مجهول الحال، فيكون ترك الاستفصال فيه لذلك، ويمكن منعه، والله العالم. ج ٣٠ / ٣٧٨

المسألة «السادسة»

«إذا استمتع امرأة فبانت كتابيّة» مثلاً «لم يكن له الفسخ من دون هبة المدّة» للأصل السالم عمّا يقتضي خياره «ولا له إسقاط شيء من المهر» لعدم نقص الاستمتاع عليه بشيء. نعم، له فسخ عقدها بهبة المدّة كغيرها من النساء التي استمتع بها.

«وكذا لو تزوّجها دائماً» بناءً «على أحد القولين» ولكن له أن

(١) وسائل الشيعة: باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ و٢، وباب ٦٧ منها ح ١ ج ٢١ ص ١٣٢ و١٨٥.

(٢) في بعض النسخ: والثيوبة.

يطلّقها كغيرها من النساء .

﴿نعم، لو شرط إسلامها﴾ مثلاً ﴿كان له الفسخ إذا وجدها على خلافه﴾ لما عرفت من اقتضاء الشرط ذلك ، بل قد عرفت قوّة ثبوت الخيار بالتدليس بنحو ذلك على وجهٍ[1] تزوّجها على أنّها مسلمة مثلاً فبان الخلاف .

وعلى كلّ حال ، فحكمها في الفسخ قبل الدخول وبعده ، وفي الرجوع بالمهر على المدلّس . . . وغير ذلك حكم نظائرها السابقة .

ولو شرط كونها كتابيّة فبانت مسلمة ففي تسلّطه على الخيار وجهان ، أقواهما الأوّل ؛ لعموم المقتضي ، ولعلّ له غرضاً في ذلك . وكذا كلّ شرط صفة نقص فبان الكمال .

وفي إلحاق التدليس به هنا إشكال : من صدقه ، ومن ظهور تلك الأدلّة في تدليس الناقص بالكامل لا العكس ، ولعلّه الأقوى . ↑ ج ٣٠ / ٣٧٩

المسألة ﴿السابعة﴾

﴿إذا تزوّج رجلان﴾ مثلاً ﴿بامرأتين، فأُدخلت[2] امرأة كلّ واحد منهما على الآخر فوطئها، فلكلّ واحدة منهما على واطئها﴾ مع جهلها ﴿مهر المثل﴾ ويرجع به على الغارّ إن كان ﴿وتردّ كلّ واحدة على زوجها، وعليه مهرها المسمّى﴾ بالعقد عليها ﴿وليس

---

(١) في بعض النسخ بدلها: نحو.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك: وأدخلت.

له وطؤها حتّى تنقضي عدّتها من وطء الأوّل﴾ إلّا إذا كان الوطء زنا منهما، فإنّه لا عدّة حينئذٍ.

﴿ولو ماتتا في العدّة أو مات الزوجان، ورث كلّ واحد منهما زوجة نفسه وورثته﴾ لحصول السبب وإن امتنع الوطء لعارض كالحيض ونحوه.

بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف[1]، وإنّما ذكره الأصحاب بخصوصه للنصّ فيه؛ فـ:

في الصحيح: «في رجلين نكحا امرأتين، فأُتي هذا بامرأة هذا، وهذا بامرأة هذا؟ تعتدّ هذه من هذا وهذه من هذا، ثمّ ترجع كلّ واحدة إلى زوجها»[2].

وفي مرسلة جميل بن صالح عن الصادق عليه السلام: «في أُختين أُهديتا إلى أخوين في ليلة، فأُدخلت امرأة هذا على هذا، وأُدخلت امرأة هذا على هذا؟ قال: لكلّ واحدة منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليّهما تعمّد ذلك أُغرم الصداق، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتّى تنقضي العدّة، فإن انقضت العدّة صارت كلّ واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأوّل. قيل له: فإن ماتتا قبل انقضاء العدّة؟ فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثهما الرجلان. قيل: فإن مات

---

(١) كما في رياض المسائل: النكاح / أحكام التدليس ج ١١ ص ٤٨١ ـ ٤٨٢.

(٢) من لا يحضره الفقيه: النكاح / باب ما أحلّ الله عزّ وجلّ من النكاح ح ٤٤٦٧ ج ٣ ص ٤٢١، وسائل الشيعة: باب ٤٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ ج ٢٠ ص ٥١٣.

الرجلان وهما في العدّة؟ قال: ترثانهما، ولهما نصف المهر المسمّى لهما، وعليهما العدّة بعد ما تفرغان من العدّة الأُولى، تعتدّان عدّة المتوفّى عنها زوجها»[١].

نعم، هي تتضمّن تنصيف المهر بالموت قبل الدخول من أيّهما كان، ولم يقل به أحد كما في كشف اللثام[٢]، قال: «ولذا عمل بها الشيخ في محكيّ النهاية إلّا في تنصيف المهر لهما إذا مات الزوجان فأثبت لهما تمام المسمّى»[٣]. وستسمع ـ إن شاء الله ـ تحقيق الحال في ذلك.

↑ ج ٣٠ ٣٨٠

وحملها في المختلف على «أنّ المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف ممّا دفعا مهراً على سبيل الميراث»[٤].

وفي المسالك: «هذا الحمل ـ مع بعده ـ إنّما يتمّ في جانب الزوج دون الزوجة؛ لحكمه لها أيضاً بالنصف، مع أنّ أوّل الرواية تضمّن حصول الغشيان وآخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت، وحملها على ما لو وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها، وعلى كلّ تقدير فاطّراح الرواية للضعف أولى من تكلّف حملها على ما لا تدلّ عليه»[٥].

قلت: المحتاج إلى التأويل فيها التنصيف بموت الزوجة، دون

---

(١) الكافي: النكاح / باب المدالسة ح ١١ ج ٥ ص ٤٠٧. تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٤١ ج ٧ ص ٤٣٤. وسائل الشيعة: (الهامش السابق: ح ٢ مع ذيله).

(٢) استثنى في كشف اللثام: «الصدوق على ما حكي عنه».

(٣) كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢.

(٤) مختلف الشيعة: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ٢٠٥.

(٥) مسالك الأفهام: النكاح / في التدليس ج ٨ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

العكس الذي ستسمع دلالة كثير من النصوص عليه، والغشيان في أوّل الرواية غشيان الشبهة لا غشيان الزوج، فلا ريب حينئذٍ في كون المفروض الموت قبل الدخول.

والأمر سهل بعد وضوح الأمر في ذلك، وفي أنّ للزوجين الرجوع بما غرما من مهر المثل على نحو ما سمعته في المسائل السابقة، إلّا أنّ الزوجة هنا إذا كانت هي الغارّة لم يكن لها مهر أصلاً؛ لكونها بغيّاً حينئذٍ، هذا.

ولكن في جامع المقاصد: «يرجع كلّ من الزوجين بما غرمه من مهر المثل على الولي، وفي الرواية التقييد بتعمّده، وكذا في عبارة الشيخ على ما سبق ذكره».

«وينبغي أن يقال: إن تعمّد الولي والزوجة أو كانا معاً جاهلين فالغرم عليها دون الولي؛ لأنّ سببيّتها أقوى، نعم يستثنى لها أقلّ ما يصلح مهراً، وإن تعمّد أحدهما خاصّة فالغرم مختصّ به، فإن تعمّدت هي فلابدّ من استثناء الأقلّ، ولو علم الزوج وجهلت المرأة غرم مهر المثل، ولا يرجع به على أحد، وينبغي تأمّل هذا التفصيل؛ لأنّي لم أجد به قائلاً»[1].

قلت: مع أنّ فيه منافاة لقاعدة عدم المهر لبغيّ مع فرض كونها المتعمّدة، فلا وجه لاستثناء أقلّ ما يصلح مهراً[2].

---

(١) جامع المقاصد: النكاح / في التدليس ج ١٣ ص ٣٠٨ ـ ٣٠٩.

(٢) ليست في بعض النسخ.

بل يقال: بأنّ له الرجوع على كلّ منهما مع فرض كون الغرور من كلّ منهما إذا كانا جاهلين، أو توزّع الغرامة عليهما. اللّهمّ إلّا أن يكون غرور الولي منها فغرّ الزوج، فإنّ القرار حينئذٍ عليها، فتأمّل جيّداً.

هذا كلّه مع علم الحال.

أمّا إذا اشتبه على كلّ منهما زوجته، ولم يكن ثَمَّ طريق إلى معرفتهما، منع كلّ واحد من الرجلين عن الامرأتين حتّى يقرع، فإنّ القرعة لكلّ أمر مشكل.

لكن في القواعد: «اُلزم كلّ منهما الطلاق»[1]، وفي غيرها[2]: احتمال طلاق الحاكم، أو فسخه، أو تسلّط المرأتين على الفسخ، وانتفاء الجميع، ولعلّ الأقوى ما ذكرنا.

ولو طلّقها فلا تحسب هذه طلقة لو[3] تزوّج أحدهما بإحداهما بعد ذلك وطلّقها اُخريين لم تحرم؛ لعدم معلوميّة الزوجة في الثلاث، والأصل الحلّ.

نعم، لو تزوّجهما معاً وطلّقهما مرّتين معاً ولو في الطلقة الآخرة حرما عليه؛ لأنّ زوجته إحداهما، ووقوع ثلاث طلقات بها مقطوع به لا على التعيين، فيجب الاجتناب؛ لاختلاط الحلال بالحرام.

وكذا إذا طلّقهما مرّتين متعاقبتين حرمتا بعد كمال الطلقتين لهما لذلك.

---

(١) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧١.

(٢) ككشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٩٢.

(٣) الأولى التعبير بـ«فلو».

وعلى كلّ حال ، يلزم كلّ من الرجلين بنصفٍ مع الطلاق قبل الدخول ، فإن اتّفق النصفان جنساً وقدراً وصفةً أخذت كلّ منهما أحد النصفين ، وإن اختلفا قسّم بينهما أحد النصفين بالسويّة إن تداعياه[1] وتصادم دعواهما بأن حلفتا أو نكلتا ، ويبقى النصف الآخر مجهول المالك ، إلّا أن يرجع[2] إحداهما إلى ادّعائه ، فلا يبعد سماعه منها وإعطاؤها إيّاه وارتجاع ما أخذته من النصف الأوّل وتسليمه للأُخرى .

ولعلّ الأولى من ذلك : القرعة بناءً على ما عرفت ، فكلّ نصف خرج على إحداهما أُعطيت إيّاه ، ويعطى[3] الأُخرى النصف الآخر لتعيّنه . وربّما احتمل[4] أيضاً : إيقاف كلّ من النصفين حتّى يصطلحا .

وإن سكتتا ولم يتداعيا شيئاً منهما فالأولى بناءً على ما ذكرنا القرعة أيضاً ، وربّما احتمل[5] الإيقاف أيضاً ، وإن كان الاختلاف بين النصفين في القدر خاصّة أُعطيت كلّ منهما ما تساويا فيه .

بقي الكلام في الزائد ، والأولى عندنا فيه القرعة ، ويحكم الحاكم حينئذٍ بمقتضاها . وربّما احتمل[6] : عدم ثبوت نصف المهر مع فرض وقوع الطلاق بالإجبار ، وأولى به من[7] فسخ الحاكم أو المرأتان ، لكنّه

ج ٣٠ / ٢٨٢

(١) في بعض النسخ: «تتداعياه» وفي القواعد: «تداعتاه».

(٢ و٣) في كشف اللثام: ترجع... وتعطى.

(٤) كما في قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧١.

(٥ و٦) كما في كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٩٣.

(٧) في كشف اللثام بدلها: «إن» وهو الأولى بقرينة ما بعده.

كما ترى. وقد مرّ للمسألة نظير في تزويج الوليّين. وحكم الميراث حكم المهر.

ومع عدم البناء على القرعة لا ريب في أنّه يحرم على كلّ منهما أُمّ كلّ واحدة منهما للاشتباه، وكذا يحرم كلّ منهما على أب الزوج وابنه، أمّا على ما ذكرناه من القرعة فلا إشكال ولا اشتباه، والله العالم.

المسألة ﴿الثامنة﴾

﴿كلّ موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجة﴾ الحرّة ﴿مع الوطء﴾ والجهل ﴿مهر المثل﴾ كوطء الشبهة بلا عقد ﴿لا المسمّى﴾ الذي قد وقع في العقد الفاسد، خلافاً لبعضهم كما عرفت الكلام فيه وفي غيره سابقاً[1] ﴿و[2]كلّ موضع حكمنا فيه بصحّة العقد فلها مع الوطء﴾ وعدم التدليس منها ﴿المسمّى﴾ الذي يستقرّ بالدخول ﴿وإن لحقه الفسخ﴾.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ[3]: ﴿إن كان الفسخ بعيب سابق على الوطء لزمه[4] مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده﴾.

---

(١) في ج ٣٠ ص ٦١٦ و٨٠٧.

(٢) في نسختي الشرائع والمسالك بعدها إضافة: كذا.

(٣) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

(٤) في نسخة المسالك: لزم.

﴿و﴾ لا ريب أنّ ﴿الأوّل أشبه﴾ بأُصول المذهب وأخباره، كما تقدّم البحث فيه[١].

المسألة التاسعة

لو شرط الاستيلاد فخرجت عقيماً، ففي القواعد: «لا فسخ؛ لإمكان تجدّد شرطه ولو في الشيخوخة، وعدم العلم بالعقم من دونه، وجواز استناده إليه»[٢].

وفيه أوّلاً[٣]: أنّ فرض خروجها عقيماً ينافي هذه الاحتمالات التي منها جواز ولادتها في الشيخوخة التي لو وقع ذلك فيها عدّ من المعجزات. والمراد من العقم المشترط[٤]: عدم حملها، فجواز كونه لمانع لا للعقم غير مجدٍ، وجواز استناده إليه ينفيه ولادته من غيرها. وأنّ المراد من اشتراط الاستيلاد ما يرجع إلى صفاتها، لا إلى ما يرجع إلى فعل الله الذي لا اختيار لأحدهما فيه فإنّ ذلك لا يجوز اشتراطه.

ج ٣٠ / ٢٨٣

ودعوى[٥]: أنّه وإن أُريد بالشرط ما يرجع إلى صفاتها، إلاّ أنّه لا يعلم بوجه، فلا يفيد اشتراطه انتفاءه، فإنّ انتفاء الولادة لا يدلّ على العقم.

---

(١) في ص ٦١٧.

(٢) قواعد الأحكام: النكاح / في العيب ج ٣ ص ٧١.

(٣) لا عِدل ظاهر له في العبارة.

(٤) الأولى بعدها إضافة: عدمه.

(٥) كما في كشف اللثام: النكاح / في التدليس ج ٧ ص ٣٩٤.

يدفعها : إمكان معرفة ذلك بالقرائن العاديّة التي تفيد الطمأنينة بذلك .

وكذا حكم اشتراطها عليه الاستيلاد .

المسألة العاشرة

لو غرّته المكاتبة بالحرّيّة؛ فإن اختار الإمساك فلها لا لسيّدها المهر ، وإن اختار الفسخ فلا مهر قبل الدخول ، ويرجع به جميعه ـ على المختار ـ بعده إن كان قد دفعه ، وإلّا فلا شيء .

ولو غرّه الوكيل ـ سيّدها كان أو غيره ـ رجع عليه بالجميع .

ولو أتت بولد فهو حرّ إن كان الزوج حرّاً ؛ لأنّه دخل على ذلك ، نعم مع فرض عدم إذن المولى يغرم قيمته يوم سقط حيّاً .

ويتبع القيمة في الاستحقاق أرش الجناية ؛ لأنّه قيمة لبعض المجني عليه ، فإن كان المستحقّ لها المولى استحقّ الأرش أيضاً ، ولو فرض أنّه الغارّ لم يستحقّ شيئاً ، وإن كانت الأُمّ هي المستحقّة للقيمة كانت مستحقّة للأرش أيضاً ، فإذا فرض أنّها الغارّة لم تستحقّ شيئاً ، وإن كان الغارّ غير المستحقّ غرم له القيمة ويرجع بها على الغارّ .

ولو ضربها أجنبي فألقته لزمه دية جنين حرّ لأبيه ؛ لأنّ أُمّه أمة لا ترث ، فإن كان هو الضارب فللأقرب إلى الولد من ورثته دون الأب القاتل ، فإن لم يكن له قريب فللإمام ، وعلى الأب للسيّد عشر قيمة أُمّه إن قلنا : إنّ الأرش له ، وإن قلنا : إنّه للأُمّ فلها .

ووجه وجوبه : أنّ الولد مضمون ؛ ولذا يجب على الجـاني ديـة[1] للأب ، فكما يضمن للأب يضمن للسيّد ، وعن المبسوط[2] والتحرير[3] : لا ضمان لوجوب قيمته يوم سقط حيّاً ولا قيمة للميّت .

ج ٣٠ / ٣٨٤

وعلى الضـمان فـإن زادت الديـة عـلى عشـر القـيمة أو سـاوته فلا إشكال ، وإن نقصت عنه ففي وجوب العشر كاملاً أو أقلّ الأمـرين منهما وجهان .

المسألة الحادية عشر[ة]

لا يرجع المغرور بالغرامة على الغارّ إلّا بعد أن يـغرم ؛ لأنّـه إنّـما يرجع بما غرمه ، وكذا الضامن .

نعم ، في القواعد : «للمغرور مطالبة الغارّ ليخلص من مطالبة المرأة أو السيّد ، كما أنّ للضامن أن يطالب المضمون عنه بالتخليص»[4] .

ولعلّه لكونه ليس رجوعاً ، لكن لا يخلو من نظر ؛ لعدم دليل عـلى استحقاق هذه المطالبة قبل الدفع .

المسألة الثانية عشر[ة]

قال في القواعد : «لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون

---

(١) في كشف اللثام: ديته.

(٢) المبسوط: النكاح / العيوب التي توجب الردّ ج ٤ ص ٢٥٧.

(٣) تحرير الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٥٤٢.

(٤) قواعد الأحكام: النكاح / في التدليس ج ٣ ص ٧٣.

من غير شرط فالأقرب أنّه لا فسخ ، وكذا المرأة ، نعم لو شرط أحدهما على الآخر نسباً فظهر من غيره كان له الفسخ لمخالفة الشرط ، وكذا لو شرط بياضاً أو سواداً أو جمالاً»[١].

قلت : قد تكرّر منّا غير مرّة قوّة ثبوت الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال على وجهٍ يتزوّجها على أنّها كذلك فبان الخلاف ، أيّ صفة كانت ؛ لظهور نصوص التدليس[٢] فيه ، خصوصاً المشتمل منها على التعليل الذي يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحرّيّة ونحوها .

ج ٣٠ / ٣٨٥

مضافاً إلى فحوى خبر الحلبي[٣] وخبر حمّاد بن عيسى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام : «أنّه خطب رجل إلى قوم ، فقالوا : ما تجارتك؟ فقال : أبيع الدوابّ ، فزوّجوه فإذا هو يبيع السنانير ، فمضوا إلى عليّ عليه السلام فأجاز نكاحه ، وقال : إنّ السنانير دوابّ»[٤].

وخصوص نصّ الحلبي : «... في رجل تزوّج امرأة فيقول : أنا من بني فلان ، فلا يكون كذلك؟ قال : يفسخ النكاح ، أو قال : يردّ»[٥].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) وسائل الشيعة: انظر باب ٢ و٧ من أبواب العيوب والتدليس ج ٢١ ص ٢١١ و٢٢٠.

(٣) الآتي بعد أسطر.

(٤) الكافي: النكاح / باب نوادر ح ٢٢ ج ٥ ص ٥٦١، تهذيب الأحكام: النكاح / باب ٣٨ التدليس في النكاح ح ٣٩ ج ٧ ص ٤٣٣، وسائل الشيعة: باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢ ج ٢١ ص ٢٢٥.

(٥) انظر «التهذيب» في الهامش السابق: ح ٣٥ ص ٤٣٢، و«الوسائل»: ح ١.

ولعلّه لذا كان المحكي عن ظاهر أبي علي[١] والنهاية[٢] والخلاف[٣] والوسيلة[٤]: الخيار وإن لم يشترط ذلك في العقد.

ومنه يعلم الحكم في صورة الشرط المعلوم أولويّتها من ذلك؛ ولذا اقتصر عليها ابن إدريس[٥] فيما حكي عنه نحو الذي سمعته من الفاضل، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع منهم هنا على أنّ شرطيّة الصفات توجب الخيار إذا بان الخلاف، بل قد عرفت فيما تقدّم قوّة ذلك حتّى مع اشتراط الناقص من الصفات فبان الكامل؛ لاختلاف الأغراض ولانحصار فائدة الشرط بذلك هنا. نعم، لو كان الشرط من الأفعال أمكن القول بعدم الخيار بتعذّره أو امتناعه؛ للفرق بين النكاح والبيع بذلك، بل يلزم المشترط عليه بأدائه.

كما أنّه تقدّم لك منّا أنّه وإن قلنا بإلحاق صورة التدليس بصورة الشرط في إثبات الخيار، لكنّ ذلك إنّما هو فيما إذا دلّس صفة كمال فبان صفة نقص، لا العكس وإن قلنا بالخيار في صورة شرطه.

ومن ذلك كلّه يظهر لك ما في كلام المصنّف ﵀ في مسألة الانتساب في بحث الكفاءة، وقد أوكلنا الأمر هناك إلى هذا المقام، فلاحظ وتأمّل، والله العالم.

↑ ج ٣٠ / ٣٨٦

---

(١) نقله عنه العلّامة في المختلف: النكاح / في العيوب ج ٧ ص ١٩٩.

(٢) النهاية: النكاح / باب التدليس ج ٢ ص ٣٧٢.

(٣) الخلاف: النكاح / مسألة ٥٤ ج ٤ ص ٢٨٦.

(٤) الوسيلة: النكاح / العيب المؤثّر في الفسخ ص ٣١١.

(٥) السرائر: النكاح / باب العيوب ج ٢ ص ٦١٢.

محتويات الكتاب

القسم الثاني
النكاح المنقطع

القسم الثالث

نكاح الإماء

لواحق النكاح خمسة

النظر الأوّل

ما يردّ به النكاح